JAVIER
VILLA STEIN

DERECHO
PENAL
PARTE GENERAL

GRIJLEY

JAVIER VILLA STEIN
Profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Tercera edición
aumentada y actualizada

GRIJLEY

Javier Villa Stein

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho por dicha casa de estudios.

Ha sido director de la Unidad de Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Notario de Lima.

Profesor Principal de Derecho Penal en pregrado y posgrado en dicha casa de estudios. Ha sido profesor visitante de la Universidad de Navarra (España) y de la Universidad San Antonio Abad de Cusco. Es Profesor en el Doctorado de la Universidad de San Martín de Porres.

Ha publicado los siguientes libros: *Derecho penal. Parte general* (Lima, 1998 [2ª edición, 2001]); *Derecho penal. Parte especial, I-A. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud* (Lima, 1997 [2ª edición, 2004]); *Derecho penal. Parte especial, I-B. Delitos contra el honor, la familia y la libertad* (Lima, 1998); *Derecho penal. Parte especial, II-A. Delitos contra el patrimonio* (Lima, 2001). Asimismo es autor de diversos artículos publicados en revistas y libros especializados en el Perú y en el extranjero.

Vocal supremo titular de la Corte Suprema de Justicia de la República. Actualmente se desempeña como presidente de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como miembro de la Comisión Especial Revisora del Código Penal en el Congreso de la República.

te libro constituye una eficaz herramienta para todo aquel que quiera iniciarse en estudio del Derecho penal y que busca afianzar sus conocimientos sobre los incipios que lo definen y sobre la teoría general del delito (especialmente sobre picos como el tipo penal, la autoría y dominio del hecho, etc.).

a obra del profesor Villa Stein es uno de los primeros en nuestro país que realiza tratamiento exhaustivo de las más importantes instituciones jurídico-penales a luz de la moderna teoría funcionalista, postulada por Günther Jakobs, que se ha npregnado a paso lento y seguro en la doctrina penal contemporánea.

sta tercera edición, totalmente aumentada y actualizada, ve la luz en medio de un ontexto de modificaciones al Código Penal, que ponen a prueba los criterios olítico-criminales del Derecho penal peruano, lo mismo que su institución y onstrucción teórico-jurídica.

ISBN: 978-9972-04-202-7

www.grijley.com

Javier Villa Stein

DERECHO PENAL
Parte general

GRIJLEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2008, *Derecho Penal. Parte general*

© 2008, Javier Villa Stein

© 2008, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Ediser Graf Alvarado*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-08364

ISBN 978-9972-04-202-7

GRIJLEY LIMA
Jr. Lampa 1221 - Lima 1
TFs: 427 3147 / 426 0424
info@grijley.com
grijley@terra.com.pe
Jr. Azángaro 1077 - Lima 1
T: 321 0258
libreria_grijley@speedy.com.pe

GRIJLEY TRUJILLO
Jr. Pizarro 540
TF: 471 640 C: (044) 94920 6694
trujillo@grijley.com
grijley_trujillo@speedy.com.pe

GRIJLEY CHICLAYO
San José 1067
T: 204 146
chiclayo@grijley.com

GRIJLEY AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
T: 288 379 C: (054) 95929 6700
arequipa@grijley.com
grijley_arequipa@speedy.com.pe

PRESENTACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN

Desde que presenté la segunda edición de este libro, a la fecha, el Derecho penal peruano se ha visto emplazado por muchas y variadas exigencias públicas, político-sociales, poniendo a prueba sus criterios político-criminales, lo mismo que su institución y construcción teórica jurídico-penal.

La criminalidad organizada, descubierta recientemente como plural, ha comprendido casos de grave y generalizada corrupción, lo mismo que serios episodios de violación de derechos humanos, le quitó al Derecho Penal peruano su candidez, y con ello, su amaneramiento verbalista y punifóbico que denunciáramos en enero de 1998, con ocasión de presentar nuestra primera edición, y confrontándonos entonces con los publicistas de tendencia principalmente marxista, para quienes la deslegitimación del ius puniendi *y de la pena era lo políticamente correcto, lo mismo que la criminología crítica, no obstante que la caída del Muro de Berlín la hacia naufragar sin salvación, y sus náufragos, los neorrealistas de izquierda, se aferraban al abolicionismo, como una Tabla de Carnéades.*

Tal parece que, cambiada la clave de lo políticamente correcto, los náufragos sucumbieron al oportunismo y se ahogaron en él, y no resultándole suficientemente enérgico el Código Penal, la doctrina recaída en él y su predica abolicionista histórica para conjurar convenientemente la devastadora corrupción que le cupo atender a este cuerpo legal, trastocaron sus instituciones, violentando entre otros el principio de legalidad y el Estado constitucional de Derecho, fabricando una doctrina justificadora, una doctrina prótesis más

propia de un Derecho penal del exterminio, que de un Derecho penal del ciudadano y uno del enemigo. Nuevamente, la política destruyendo el Derecho.

Esta nueva edición insiste en su enfoque funcional y crítico inicial.

Entre mi primera edición y esta tercera, otro rol involucra al autor de estas líneas en el quehacer jurídico-penal, el de vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, con lo que el contraste cotidiano de la teoría científica con la praxis jurisprudencial añade –creemos– un insumo cualificador importante al producto, del que, en todo caso, darán cuenta los alumnos de las Universidades Mayor de San Marcos, San Antonio Abad del Cusco y San Martín de Porres, donde el material circula, por ser en estas universidades donde ejerzo mi profesorado.

Esta edición consulta los aportes de la doctrina penal internacional y el Estatuto de Roma, lo mismo que el aparato teórico vinculado a la doctrina del dominio del hecho (en su versión dominante y en la más actual, que la presenta como ocaso). Se revisa, como es obvio, el contenido de las consecuencias jurídicas del delito habida cuenta los cambios.

Mi gratitud a la Dra. Liliana Núñez, mi secretaria, en su apoyo a la configuración definitiva de esta tercera edición.

JAVIER VILLA STEIN
Lima, 1 de abril de 2008.

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Tres años han transcurrido de la primera edición y ahora presentamos la segunda con añadidos que consideramos importantes. En esta oportunidad hemos tomado en cuenta el tema del análisis económico del Derecho penal, con lo que pretendemos ilustrar el significativo nexo existente modernamente entre el derecho penal, y la economía. En el capítulo III, que contiene la historia del derecho penal peruano, hemos creído oportuno ampliar suficientemente el tópico relativo al derecho penal indiano en lo que entendemos el anticipo parcial de un opúsculo que estamos preparando sobre el tema y cuyas fuentes y matrices las encontrara el autor con ocasión de la investigación que sobre el punto hiciera en la Universidad de Navarra, España en el verano de 1998, con el auxilio generoso de los profesores Joaquín Salcedo Izu e Ismael Sánchez Bella, este último, descubridor en 1986, de la compilación de la Leyes de Indias de 1680, debidas al profesor sanmarquino Antonio de León Pinelo. Asimismo, consignamos la existencia de un derecho penal prerepublicano.

En el capítulo V incluimos como fuente no vinculante del Derecho penal, al Derecho internacional penal, de cara a fomentar una cultura de respeto a los derechos humanos.

En lo concerniente a la teoría general del delito se ha desarrollado más ampliamente el tema y los subtemas involucrados, revisando el aporte de los publicistas más notables y sus obras más recientes.

Esta edición contiene dos revisiones importantes: Una en el tema de la legítima defensa donde recusamos la proporcionalidad como exigencia de esta causa de justificación, planteando como requisito, la agresión ilegítima; el

estado necesario y la falta de provocación. Asimismo, respecto del exceso, planteamos atipicidad derivada de la competencia de la víctima, acudiendo a la moderna tesis de la imputación objetiva. La segunda revisión tiene que ver con el tema de la multa como consecuencia jurídica del delito, recusándola igualmente, por discriminatoria e impersonal.

Ha sido de gran utilidad al autor en el propósito de la presente edición haber intervenido en el Congreso Internacional «Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología», llevado a cabo en Madrid, en noviembre del 2000, y escuchar sin intermediación los puntos de vista más actuales de autores tan destacados como José Cerezo Mir, Albin Eser, Antonio García Pablos de Molina, Carlos Romeo Casabona, Luis Diez Ripollés, Diego Luzón Peña, Jorge Barreiro, Joaquín Cuello Contreras, Enrique Gimbernat Ordeig, Hans Joachim Hirsch, Santiago Mir Puig, Gracia Martín, Alberto Donna, Jesús María Silva Sánchez, Günther Jakobs y Bernd Schünemann. Ello desde luego ha sido posible gracias a la invitación del profesor Dr. José Cerezo Mir, a quien le debo gratitud.

Como decíamos, a propósito de la primera presentación, esta publicación contiene material de nuestras lecciones de Derecho Penal impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, de Lima.

JAVIER VILLA STEIN
Lima, 8 de enero de 2001.

PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN

Las páginas de este libro contienen el material de las lecciones de Derecho Penal-Parte General, impartidas por el autor a los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima.

El texto incluye los temas comúnmente abordados en la parte general del Derecho penal por los tratadistas más connotados de países en América Latina y Europa, que comparten con nosotros, los peruanos, un mismo sistema jurídico-penal.

Hemos tomado nota de sus avances doctrinarios y sus construcciones científicas, alertados, sin embargo, de sus procesos histórico-sociales, de suerte de no adoptar mecánicamente posturas y propuestas correspondientes a escenarios propios de sociedades muy distintas.

El nuestro es un Derecho penal germanizado, y no podría suceder de otra forma, habida cuenta el importante desarrollo teórico alcanzado por los alemanes en materia penal.

Llega a nosotros este Derecho penal alemán gracias a los publicistas españoles, que lo adoptan en la Península con el mismo entusiasmo con que adoptaron de los reformadores alemanes la «punifobia» contestataria de izquierda, al totinazismo.

Alemania e Italia, hasta 1945, y España, hasta 1975, compartieron las experiencias de regímenes duros y autoritarios. Sus derechos penales con-

testan y se centran en el infractor. El ius puniendi *se pone en entredicho. Se desconfía de la pena, no se justifica. Basta con que sea simbólica.*

Al Derecho penal de las últimas décadas se le ha querido emplear como instrumento de contestación al sistema y en contra del Estado, politizándolo en sacrificio de un desarrollo jurídico-penal serio, ciertamente garantista y, a la vez, útil a la comunidad, pro bono pacis.

En el Perú el proceso es otro, y acaso opuesto al de los países de cuyas fuentes jurídicas nos hemos valido. El aporte doctrinario debe tomar en cuenta este hecho. Lo hemos intentado y acaso esa sea la justificación del libro que presentamos.

Hay un hecho adicional que obliga a refundamentar en el Perú la parte general del Derecho penal. Nos referimos a los cambios económico políticos que vive el país al compás de las actuales tendencias en el orden mundial. En efecto, caído el Muro de Berlín, llegado el auge de la globalización, la apertura tecnológica y científica, la crisis de las ideologías, y saliendo ya del modelo intervencionista, socializante y verbalista, que postró al país en las últimas décadas, mantener insepulto un Derecho penal de izquierda, con el que persisten algunos publicistas locales, no tiene caso, y hasta resulta un obstáculo para el adecuado funcionamiento social.

A lo largo de sus páginas el libro propone que el Derecho penal es una ciencia social normativa, y con ello adherimos la moderna (y minoritaria aún) tesis funcionalista, destacando la importancia de la norma jurídico-penal y de la pena. En la teoría del delito hemos respetado escrupulosamente las construcciones teóricas diversas de cara a evidenciar la consecuencia y su utilidad en el plano práctico.

En el terreno de las consecuencias jurídicas del delito, tercera parte del libro, hemos afrontado el tema con una visión crítica y práctica, renunciando con ello a conceptualizaciones emotivo-sociales, pretendidamente libertarias.

En este punto de la presentación, debo rendir homenaje al maestro Raúl Peña Cabrera, fallecido recientemente, cuyo magisterio científico, ejercido hasta lo último, como nos consta, mantuvo actualizado al Derecho penal peruano.

Debo agradecer, asimismo, a los estudiantes sanmarquinos José A. Nolasco Valenzuela y Raúl Belealdo Pariona Arana, asistentes de prácti-

ca en los cursos a mi cargo, por oficiar de correctores científicos y a quienes debo lo que no está escrito.

A mi Secretaria en cambio, Bertha Maldonado de Pando, le debo lo que está escrito.

JAVIER VILLA STEIN
Lima, 1 de enero de 1998

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

Es para mí un honor y una gran satisfacción prologar el «Derecho Penal. Parte General» del profesor Villa Stein, catedrático principal de Derecho Penal, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima. Son muy profundas las raíces de las relaciones científicas entre los penalistas peruanos y españoles. Hemos recibido, además, una gran influencia de la ciencia del Derecho penal alemana, que sigue ocupando una posición de vanguardia. La influencia alemana, en el ámbito de la dogmática del Derecho penal tiene una misma raíz en España y Perú: el pensamiento de V. Liszt y de la entonces llamada escuela moderna. En Perú a través de los proyectos suizos de 1915, 1916 y 1918, que influyen de un modo determinante en el Código penal de 1924; en nuestro país como consecuencia del magisterio de D. Luis Jiménez de Asúa, que fue discípulo directo de V. Liszt en Berlín.

Villa Stein concibe la ciencia del Derecho penal como una ciencia social normativa, pero en su concepción de la misma se advierte ya la influencia de Jakobs, al destacar la importancia de la norma y de la pena, relegando los criterios axiológicos, acentuados, en cambio, en la dirección teológico-valorativa, representada por Roxín, cuyo pensamiento enlaza con la dirección neokantiana de la escuela sudoccidental alemana, A Villa Stein le preocupa, con razón, el peligro de manipulación ideológica de Derecho penal y destaca, con Jakobs, que la legitimación material del Derecho penal reside en su necesidad para el mantenimiento del modelo de la sociedad o de Estado diseñado por la Constitución. Pero en la configuración de ese Estado no es posible prescindir de criterios axiológicos.

En la Constitución peruana se define al Estado como un Estado social y democrático y Villa Stein rechaza que el término social deba interpretarse como alusivo a un modelo intervencionista «y con ello proponer un Derecho penal politizado tanto en su vertiente político criminal como en el dogmático, en aras de un ultrademocratismo jurídico sociologizante y supuestamente crítico». Villa Stein considera que en la Constitución peruana se consagra un modelo liberal y democrático de Derecho, cuyos principios básicos son el de contingencia de pena respecto al delito, de la legalidad, necesidad, lesividad, de objetividad del acto lesivo y de culpabilidad.

Estamos ante una obra de gran nivel científico y coherencia interna. Aunque se advierte en ella una gran influencia del pensamiento de Jakobs, presenta importantes rasgos originales. Concede así, por ejemplo, una mayor importancia que aquél a los bienes jurídicos, que son, para Villa Stein, el punto de partida del Derecho penal moderno, aunque su proyección se lleve a cabo mediante la estabilización de las normas del Derecho penal.´

Considera a diferencia de Jakobs, que el deber de cuidado es un deber objetivo (y no subjetivo), aunque incluye en el tipo del delito imprudente un discutible tipo subjetivo, consistente en la conciencia y voluntad de la infracción del deber de cuidado, elemento que debería incluirse, a mi juicio, más coherentemente en la culpabilidad (como la conciencia de antijuricidad en los delitos dolosos).

Aunque considera, como Jakobs, que la culpabilidad está en función de las exigencias de la prevención general («no se trata de un reproche ético individual orientado a la capacidad del autor, sino una imputación externa de responsabilidad orientada a las necesidades sociales»), en la determinación y medida de la culpabilidad considera decisivos los conocimientos aportados por la sociología y la psicología modernas. No es una casualidad que su estudio de la imputabilidad sea, por su extensión y calidad, una de las partes más relevantes de la obra.

Entre los numerosos méritos de la obra hay que destacar, asimismo, magnífico y completo estudio de la moderna teoría de la imputación objetiva, subrayando las diferencias entre los sistemas de Rocín y Jakobs, inclinándose por este último.

El distanciamiento del pensamiento de Rocín se advierte con especial claridad en materia de culpabilidad, a pesar de que en el Código Penal perua-

no de 1991 se ha sustituido, tal como propone Rocín, el término culpabilidad por el de responsabilidad. La responsabilidad comprendería según Roxín, la culpabilidad (capacidad de motivación por la norma, susceptible básicamente de comprobación empírica) y la necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial.

Estamos, sin duda, ante una magnífico tratado de Derecho penal, parte general, en el que se advierte también una constante atención a los puntos de vista de los penalistas españoles, continuando con ello un diálogo científico que esperamos se intensifique aún en el futuro.

JOSÉ CEREZO MIR

ÍNDICE GENERAL

Presentación de la tercera edición ix
Presentación de la segunda edición xi
Presentación de la primera edición xiii
Prólogo a la primera edición xvii

PRIMERA PARTE

Capítulo I
EL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON OTRAS CIENCIAS

I. El Derecho penal como cuerpo teórico 3
II. El Derecho penal como ciencia. Posición del autor 11
1. Posición del autor 13
III. El derecho penal, las ciencias vinculadas y lapolítica criminal 15
1. Derecho penal y criminología 15
2. El Derecho Penal y la política criminal 18
3. Economía y Derecho Penal 19

Capítulo II
HISTORIA DE LAS IDEAS JURÍDICO PENALES

I. Periodo antiguo remoto 23

II. Periodo antiguo no remoto 24
1. Oriente 24
III. Derecho griego 25
IV. Derecho romano 26
V. Edad Media 27
1. Derecho penal germánico 27
2. Derecho penal canónico 28
VI. La Edad Moderna 29
VII. La Edad Contemporánea 29
1. El iluminismo 29
2. El racionalismo 31
3. El positivismo clásico 32
4. El causalismo 35
5. El neocausalismo 37
6. El irracionalismo 39
7. El finalismo 40
8. El posfinalismo político-criminal 42
9. El funcionalismo avanzado 47

Capítulo III
HISTORIA DEL DERECHO PENAL PERUANO

I. Introducción 57
II. Derecho penal precolombino 58
III. Derecho penal incaico 58
IV. Derecho penal colonial (Indiano) 60
V. El Derecho penal prerepublicano 67
VI. Derecho penal republicano 68
1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre 68
2. Código Penal de Santa Cruz para la Confederación Peruano Boliviana 71

3. Código Penal de 1863 71
4. Código Penal de 1924 73
5. Proyecto Cornejo-Jiménez de 1928 74

Capítulo IV
EL DERECHO PENAL

I. El Derecho penal como instrumento del control social 77
II. Derecho penal objetivo y subjetivo 79
1. Derecho penal objetivo (*ius poenale*) 79
2. Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*) 82
III. Función del derecho penal 84
1. Función ético-social 84
2. Función simbólica 85
3. Función psicosocial 86
IV. Límites 86
1. Límites político-constitucionales 86
2. Límites legales 89
V. Teorías de la pena 99
1. Teorías absolutas 99
2. Teorías relativas 100
3. Teorías unitarias 103
4. La pena como confirmación de la realidad de las normas 105
VI. Las medidas de seguridad 105

Capítulo V
FUENTES DEL DERECHO PENAL

I. Punto de partida 109
II. La costumbre 109
III. La jurisprudencia 110
IV. La doctrina 111

V. La ley penal 111
1. Normas penales completas 113
2. Normas penales incompletas 113
a. Normas penales aclaratorias 113
b. Normas penales restrictivas 114
c. Normas penales remisivas 114
3. Normas penales en blanco 114
4. Norma primaria y norma secundaria 115
VI. Derecho penal internacional 116
1. Derecho penal internacional como fuente de Derecho penal .. 116

Capítulo VI
INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. Punto de partida 129
II. Clases de interpretación de la ley penal 132
1. Según el intérprete 132
2. Según los medios 134
3. Según los resultados 139

Capítulo VII
ÁMBITO ESPACIAL DE LA LEY PENAL

I. Generalidades 141
II. Principio de territorialidad 142
III. Principio del pabellón 144
IV. Principio real o de defensa 145
V. Principio de personalidad 145
1. Principio de personalidad activa 145
2. Principio de personalidad pasiva 146
VI. Principio de universalidad 146

VII. Principio de representación 147
VIII. Inaplicabilidad del principio excepcional de extraterritorialidad de la ley penal 147
IX. Lugar del hecho punible 149
X. La extradición 150
XI. Formas 150
1. Extradición activa 151
2. Extradición pasiva 151
3. Extradición de tránsito 151
XII. Reextradición 151
XIII. Fuentes 151
XIV. Inadmisibilidad de la extradición 152
XV. Principios de la extradición 153
1. Principios en la extradición en atención al delito 153
2. Principio en la extradición en atención al extraditurus 154
3. Principios en la extradición en atención a las penas 155
4. Principio de extradición por la materia del juzgamiento 155
XVI. La extradición en el delito imprudente 156

Capítulo VIII
ÁMBITO TEMPORAL DE LA LEY PENAL

I. Principio base de irretroactividad penal 157
II. La sucesión de las leyes penales 158
III. Retroactividad benigna 159
IV. Leyes temporales y excepcionales 160
V. Leyes intermedias 161
VI. Momento del hecho delictivo 162
VII. El caso de las leyes procesales en materia penal 163

Capítulo IX
LEY PENAL CON RELACIÓN A LOS CARGOS

I. La inviolabilidad 166
II. Inmunidad 167
III. Antejuicio 168

SEGUNDA PARTE

Capítulo X
LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

I. Introducción 171
II. Concepto y definición primaria del delito 172
III. Definición moderna del delito 174
IV. Sistemas para el análisis del delito como estructura compleja 176
1. Sistema causal 177
2. El sistema neocausalista 180
3. Sistema finalista 181
4. Sistema funcionalista 185
V. Sistemas tripartito y bipartito 189
1. Sistema tripartito clásico 189
2. Sistema bipartito 190

Capítulo XI
EL COMPORTAMIENTO HUMANO

I. El comportamiento humano (acción) 191
1. Responsabilidad sin hecho 194
2. Responsabilidad por la actitud interna 195
II. Titular del comportamiento 195
III. Ausencia de comportamiento 198

1. La fuerza física irresistible 198
2. Conducta refleja 199
3. Estados de inconsciencia 200

Capítulo XII
LA TIPICIDAD Y EL TIPO

I. Estructura del tipo 206
1. Conducta típica 206
a. Fase objetiva 206
b. Fase subjetiva 206
2. Sujetos 207
3. Objetos 207
II. Clases de tipos 208
1. Por la modalidad de la acción 208
2. Por los sujetos 211
3. Por el bien jurídico 213
III. Elementos del tipo 214
1. Elementos descriptivos 214
2 Elementos normativos 214
IV. Funciones del tipo 215
1. Función garantista 215
2. Función indiciaria 215
3. Función educadora 216

Capítulo XIII
TIPO DOLOSO DE COMISIÓN, TIPICIDAD OBJETIVA Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

I. Relación de causalidad e imputación objetiva 218
1. Teoría de la equivalencia de las condiciones 218
2. Teoría de la causalidad adecuada 222

3. Teoría de la relevancia típica 223
II. El tipo de imputación objetiva 223
1. Presupuesto 223
2. Precedente epistemológico de la teoría del tipo de imputación objetiva o teoría de imputación del tipo objetivo 224
III. Tipicidad subjetiva del tipo doloso 246
1. El dolo 246
2. Estructura del dolo 248
3. Clases de dolo 250
IV. Ausencia de dolo: el error de tipo 254
1. Error sobre un elemento esencial del tipo 254
2. Error sobre el elemento accidental 255
3. *Error in persona vel in objecto* 255
4. Error en el golpe (*aberratio ictus*) 255
5. Error sobre el curso causal 256
V. Elementos subjetivos de la tipicidad distintos del dolo 258
1. Tipos de tendencia interna trascendente 258
2. Tipos de tendencia interna intensificada 259

Capítulo XIV
TIPO IMPRUDENTE DE COMISIÓN

I. Introducción 261
II. Tipo de injusto culposo 263
1. Tipo de injusto culposo objetivo 263
2. Tipo de injusto culposo subjetivo 263
III. Infracción de la norma de cuidado 265
IV. El resultado 267
1. El resultado como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido 268
2. El resultado debe entrar en el ámbito de la norma 268
3. Conclusión por imputación objetiva 269

Capítulo XV
LA OMISION

I. La omisión 271
II. Clases de omisión 273
1. Omisión pura o propia 273
2. Tipicidad objetiva en el tipo de la omisión propia 274
3. Tipicidad subjetiva en el tipo de la omisión propia 275
4. Omisión impropia o de comisión por omisión 276
5. Tipicidad objetiva en el tipo de la omisión impropia 279
6. Posición de garante 279
7. Deber de control de una fuente de peligro 280
8. La consumación 281
9. Tipicidad subjetiva en el tipo de omisión impropia 282
III. Creación legislativa reciente. El caso de España 283

Capítulo XVI
TIPOS DE IMPERFECTA REALIZACIÓN. TENTATIVA

I. Fases del delito o *iter criminis* 285
1. Actos preparatorios 286
2. Tentativa 288
3. Fundamento de la punición de la tentativa 293
4. Tipos de la tentativa 295
II. Modalidades de realización imperfecta 297
1. Tentativa inacabada 297
2. Tentativa acabada 297
3. Tentativa inidónea 298
III. Desistimiento voluntario 300
IV. Caso de la intervención de pluralidad de agentes 303
V. La consumación 304

Capítulo XVII
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I. Autoría 307
1. Concepto de autor 307
2. Autor y partícipe 308
3. Formas de autoría 316
II. Participación 328
1. Fundamento del castigo a la participación 328
2. La accesoriedad de la participación 330
3. Formas de participación 331
4. La participación del extraneus en delitos especiales 335
III. Actuar en lugar de otro 336

Capítulo XVIII
ANTIJURIDICIDAD

I. Generalidades 339
II. Antijuridicidad e injusto 341
III. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material 342
IV. Antijuridicidad de lesión y antijuridicidad de peligro 342
V. Disvalor de acción y disvalor de resultado 343
VI. Causas de justificación 345
VII. Sistemática y fundamento de las causas de justificación 346
1. Teorías monistas de la justificación 346
2. Teorías pluralistas de la justificación 346
VIII. Elementos subjetivos de la justificación 347
IX. Error en las causas de justificación 348
X. Causas de justificación en particular 349
1. La legítima defensa 350
2. El estado de necesidad justificante 362

3. Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo 366
4. Obediencia debida justificante 369
5. El consentimiento 370

Capítulo XIX
LA CULPABILIDAD

I. Generalidades 375
1. Teorías: evolución histórico-dogmática 378
2. Culpabilidad: tendencias actuales 383
3. El concepto genérico de culpabilidad en la ley 386
4. Culpabilidad y Derecho penal 390
II. La imputabilidad: concepto general 393
1. Causas de inimputabilidad 397
2. La minoría de edad 398
3. La anomalía psíquica 402
4. Transtornos mentales y conductuales que aparejan inimputabilidad absoluta 406
5. La grave alteración de la conciencia 415
6. La grave alteración de la percepción 421
7. La psicopatía como eventual causa de inimputabilidad: posición del autor 424
8. La inimputabilidad en la legislación peruana 426
9. La inimputabilidad en el Derecho comparado 430
III. El conocimiento de la antijuridicidad 450
1. Error de prohibición 451
2. El error de comprensión culturalmente condicionado 457
IV. La no exigibilidad de la conducta 459
1. Causas específicas de inexigibilidad 460
2. Particularidad de la exigibilidad en el delito imprudente 469

Capítulo XX
CONCURSO DE DELITOS Y LEYES

I. Concurso de delitos 471
1. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos) 471
2. Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal) 472
3. Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real) 473
4. Pluralidad de acciones y unidad de delitos 474
II. Concurso de leyes 477

Capítulo XXI
CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. Circunstancias atenuantes 480
2. Circunstancias agravantes 480

CAPÍTULO XXII
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

I. Introducción 483
II. Las penas en el código penal 486
1. Pena privativa de libertad 487
2. Restrictiva de libertad 491
3. Limitativas de derechos 492
4. Multa 496

Capítulo XXIII
DETERMINACIÓN DE LA PENA

I. Generalidades 499
II. Criterios básicos de determinación 501
1. El criterio de culpabilidad 501
2. El criterio preventivo general 501

3. Criterio preventivo especial 502
4. Posición del autor 502
III. Determinación de la pena 503
1. Determinación legal de la pena 503
2. Determinación judicial de la pena 503
IV. Supuestos específicos para la determinación de la pena 507
1. Tentativa 507
2. Concurso ideal de delitos 507
3. Concurso real de delitos 507
4. El delito continuado 507
5. Participación 508

Capítulo XXIV
DE LA CONVERSIÓN DE LA PENA

I. Generalidades 509
II. Revocación 510
III. Conversión in malam parte 510

Capítulo XXV
SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

I. Generalidades 511
II. Reglas de conducta 512
III. Supuesto de incumplimiento de las reglas de conducta 513
IV. Liberación de la condena 514

Capítulo XXVI
RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

I. Generalidades y fundamento 515
II. Reglas de conducta 517
III. Supuesto de incumplimiento de reglas de conducta 517

Capítulo XXVII
EXENCIÓN DE LA PENA

Í. Exención de la pena 519

Capítulo XXVIII
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Generalidades 521
1. Sistema monista 522
2. Sistema dualista 522
3. Sistema vicarial 522
4. Sistema de la vía única 522
II. Sistema peruano 523
1. Internación 523
2. Tratamiento ambulatorio 524
III. El caso de imputables relativos: el sistema vicarial 524
IV. Duración de las medidas de seguridad 525
V. Proporcionalidad de las medidas de seguridad 525

Capítulo XXIX
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

I. Generalidades 527
II. Causas que extinguen acción penal 527
1. Muerte del imputado 528
2. Prescripción 528
3. Amnistía 534
4. La cosa juzgada 535
5. El desistimiento 536
6. La transacción 536

III. Causas de extinción de la pena 536
1. La muerte del condenado 536
2. La amnistía 537
3. El indulto 537
4. La prescripción 537
5. La cosa juzgada 538
6. La exención de la pena 538
7. El perdón del ofendido 538

Capítulo XXX
LA REPARACIÓN CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

I. La reparación civil 539
1. Restitución del bien 539
2. La indemnización de daños y perjuicios 540
II. Consecuencias accesorias 540
1. El comiso 540
2. Privación de beneficios a personas jurídicas 540
3. Consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas 541
III. Notas acerca de la reparación conciliatora 542

BIBLIOGRAFÍA 547

Primera Parte

Capítulo I
EL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON OTRAS CIENCIAS

I. El derecho penal como cuerpo teórico. II. El derecho penal como ciencia. Posición del autor. 1. Posición del autor. III. El derecho penal, las ciencias vinculadas y lapolítica criminal. 1. Derecho penal y criminología. 2. El Derecho Penal y la política criminal. 3. Economía y Derecho Penal.

I. EL DERECHO PENAL COMO CUERPO TEÓRICO

La primera cuestión relativa a la temática del Derecho penal como cuerpo teórico es el determinar si dicho cuerpo es ciencia, con lo que de paso responderíamos a la misma cuestión para el tema del Derecho en su conjunto.

Enfrentar el punto es necesario aunque no sea tarea fácil, tanto menos que su solo abordaje, en puridad, es competencia de epistemólogos antes que de juristas.

La premisa mayor será desde luego la de plantear qué se entiende por ciencia para luego intentar el juicio de adecuación correspondiente respecto del derecho.

La ciencia –toda ciencia sin excepción– lo es por su método, su nivel de sistematización y el origen de sus proposiciones (leyes). Desde el punto de vista metodológico la ciencia es un conjunto de pro-

cedimientos para unificar y refutar hipótesis o proposiciones sobre hechos o estructuras de la naturaleza[1].

La ciencia, pues, metodológicamente, estudia la realidad natural o histórico-social y basa sus proposiciones en hechos demostrados por esa realidad o susceptibles de ser demostrados.

Partimos como es de verse de una concepción empírica, validada ampliamente a lo largo de la historia del conocimiento, por sus resultados y aplicaciones tecnológicas que han permitido al hombre acercarse al cosmos y controlar por lo menos en parte la naturaleza.

Carece de sustento pues, a la luz de los resultados, objetar por estrechos y reduccionistas los llamados criterios positivistas seguidos con ocasión del método científico como pretende Feyerabend[2].

Cuando Calsamiglia criticando el empirismo nos dice «ni la razón ni la experiencia son criterios que permitan por sí solos asegurar la verdad»[3] no añade ni quita nada al incontrovertido hecho de que la verdad es una categoría relativa y que lo característico del conocimiento científico no es el hallazgo sino el método riguroso para aproximarlo.

Ha sabido advertir Kuhn, «que la ciencia antes que edificada sobre esencias o «cosas en sí», no pocas veces es producto de la conveniencia y del consenso... En la ciencia modernamente –ciencia normal, la llama Kuhn– los paradigmas hallan su plena vigencia, ya que la comunidad científica se identifica con sus contenidos cognoscitivos, donde los cuestionamientos y constataciones observan una baja intensidad»[4].

Se está pues poniendo el énfasis en el método, en las propuestas y paradigmas admitidos por motivos metodológicos que allanan la

---

(1) SANZ ELGUERA, Julio, *Introducción a la ciencia*, Amaru, Lima, 1987, p. 39.

(2) FEYERABEND, Paul, «¿Cómo defender a la sociedad de la ciencia?», en HACKING, Ian, *Revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 294.

(3) CALSAMIGLIA, Alberto, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 24.

(4) KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 33.

búsqueda y el avance, para facilitar el descubrimiento de constantes (leyes) en el mundo exterior, pues a diferencia de lo que descuidadamente dice Kurt Hübner[5], las leyes no las impone el científico a la naturaleza sino que las descubre en ella, por contraste y verificación pues como dice Hempel, «la característica definitoria de un enunciado empírico es su capacidad de ser sometido a prueba mediante la comprobación con hallazgos experimentales, es decir, con los resultados de experimentos apropiados o de la observación dirigida»[6].

Advirtiendo además, para los que erróneamente manejan un sentido absoluto del hallazgo, que el enunciado empírico se admite con criterio de probabilidad, lo que ha hecho posible que el conocimiento de la conducta humana individual y socialmente considerada se estudie científicamente y que las ciencias sociales no se diferencien, metodológicamente hablando, de las llamadas ciencias de la naturaleza, variando tan solo los índices de probabilidad de sus proposiciones[7].

Lo determinante de la ciencia pues, no es un objeto de estudio ni el acaparamiento exclusivo de dicho objeto, sino el método o procedimiento lo mismo que su propósito. Nos dice Mario Bunge que «la peculiaridad de una ciencia tiene que consistir en el modo como opera para alcanzar algún objetivo determinado, o sea, el método científico y la finalidad para la cual se aplica dicho método»[8].

Ahora bien, independientemente de las técnicas o procedimientos particulares que cada ciencia tenga en función de la índole de su objeto, existe un método general a toda ciencia, pues «el método general es un procedimiento que se aplica al ciclo entero de la investigación en el marco de cada problema de conocimiento»[9] dado

---

[5] HÜBNER, Kurt, *Crítica de la razón científica*, Alfa, Barcelona, 1981, p. 13.

[6] HEMPEL, Carl G., *La explicación científica: Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Paidos, Barcelona, 1988, p. 13.

[7] Salvo que para tema tan complejo y moderno se quiera seguir la anacrónica tesis de Aristóteles (la metafísica) para quien la naturaleza del objeto determina el método (nota del autor).

[8] BUNGE, Mario, *La investigación científica*, Ariel, Barcelona, 1972, p. 22.

[9] BUNGE, *La investigación científica*, cit., p. 24.

que a lo que se apunta en la ciencia es a descubrir la realidad o sus estructuras y resolver problemas, lo que no es posible sin un mínimo de racionalidad operacional, tanto más cuanto que el método científico «es un modo de tratar problemas intelectuales, no cosas, ni instrumentos, ni hombres»[10].

Quede claro que «donde no hay método científico, no hay ciencia»[11] y el procedimiento en que consista el método científico sigue la siguiente lógica[12]:

1. Formular problemas con precisión: preguntas bien formuladas y fecundas de una forma verosímil.
2. Arbitrar conjeturas, fundadas y contrastables con la experiencia: deben proponerse hipótesis con fundamento visible y que versen de relaciones bien definidas y variables determinantes.
3. Derivar consecuencias lógicas de las conjeturas.
4. Arbitrar técnicas determinando previamente su fiabilidad y validez para someter las conjeturas a contrastación severa y, producido el contraste, interpretar los resultados.
5. Determinar los ámbitos de validez de los hallazgos.

En el año 1961, Bunge define la ciencia como «todo discurso que sea a la vez racional (dotado de significado y coherencia) y al menos confirmado en parte por la experiencia»[13].

Mario Bunge define la ciencia en 1972 como «una disciplina que utiliza el método científico con la finalidad de hallar estructuras generales (leyes)»[14].

---

[10] Ibídem, p. 38.

[11] Ibídem, p. 29.

[12] Ibídem, pp. 25 y 26.

[13] BUNGE, Mario, *Causalidad: El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Eudeba, Buenos Aires, 1961, p. 238.

[14] BUNGE, *La Investigación científica*, cit., p. 32.

Respecto del objetivo de la ciencia este no es otro que el cognitivo para la obtención del conocimiento de la realidad lo mismo que, por derivación, intervenir, en procura de bienestar, progreso y solución de problemas.

Definida la ciencia y su método general, lo mismo que su objetivo, tenemos que clasificarla en función esta vez de su objeto de estudio, como sistema de problemas, lo mismo que de las técnicas particulares que cada objeto reclama.

Bunge clasifica las ciencias en dos grandes grupos: formales y factuales, entendiendo que aquellas estudian ideas y estas hechos. Dentro de las ciencias formales están –siempre según Bunge– la lógica y las matemáticas y dentro de las ciencias factuales estarían las que estudian los hechos naturales y los culturales[15].

Preferimos apartarnos de esta primera clasificación por estrictas razones expositivas, y sin mayor abundamiento, por escapar al propósito del presente capítulo, señalamos tan solo que la lógica, «como el estudio de las condiciones formales de la verdad»[16] y las matemáticas, son un lenguaje antes que una ciencia.

Aceptamos sí, por influencia kantiana, que las ciencias son de dos órdenes: ciencia de la naturaleza y ciencia histórico-sociales o culturales, diferenciándose entre sí no por razones de método, ya que el método es el mismo como hemos anticipado, sino por su objeto, sus instrumentos o tácticas y, fundamentalmente, por la mayor o menor probabilidad con que son capaces ambos grupos de ciencia de predecir los acontecimientos futuros.

Dentro de las ciencias naturales cabría comprender entre otros: la física, química, biología, genética, botánica, etc.

Dentro de las ciencias histórico-sociales incluimos: la psicología, sociología, economía, antropología, arqueología, historia, lin-

---

[15] Loc. cit.

[16] PIAGET, Jean, *Lógica y conocimiento científico. Naturaleza y método de la epistemología*, Proteo, Buenos Aires, 1970, p. 16.

güística, filología, historiografía, etc. Sobre el Derecho no nos pronunciamos de momento.

De cada uno de estos grupos de ciencias se derivan otras tantas o más, que son las ciencias aplicadas, destacando entre ellas, y como paradigma de las que lo son, la medicina, veterinaria, la farmacopea, la ingeniería, etc.

El tema de la teoría científica nos lleva a precisar que puede entenderse como tal al «conjunto de proposiciones universales verdaderas que describen y explican una estructura compleja de la realidad»[17] o puede tratarse de «una proposición universal que explica una regularidad o estructura de la realidad»[18].

Las explicaciones, sin embargo, no son absolutas en el tiempo pues su validez es históricamente relativa como ocurre con los cambios teóricos que se dan desde la geométrica plana de Ptolomeo o desde la astronomía copernicana con la versión del universo heliocéntrico de 1543, pasando por Galileo (1612), Kepler (1609), Newton (1687), hasta llegar a la teoría espacial de la relatividad de Einstein de 1905. En ningún caso los cambios teóricos le restarán valor científico a los constructos precedentes, es más, diríase con Karl Popper que «la característica distintiva de los enunciados científicos reside en que son susceptibles de revisión»[19].

Las teorías científicas entonces «son enunciados universales; son, como todas las representaciones, sistemas de signos o símbolos»[20].

La teoría facilita la aproximación a la realidad pues hace de paradigma con el que se confronta o contrasta la realidad. «Son redes que lanzamos para apresar aquello que llamamos el mundo: para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo y tratamos de que la malla sea cada vez más fina»[21].

---

[17] SANZ ELGUERA, *Introducción a la ciencia*, cit., p. 85, tomando el concepto de Newton.

[18] Loc. cit.

[19] POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962, p. 48.

[20] Ibídem, p. 57.

[21] Loc. cit.

Naturalmente que los enunciados universales de la teoría científica pueden ser estrictamente universales o numéricamente universales por agrupar en este último caso escenarios finitos y determinables.

La teoría así vista y así tratada, más que un fin per se, es un instrumento valioso para aproximar la realidad. Se yergue como pieza clave del aparato metodológico en que consiste la ciencia.

Visto sumariamente el tema de la ciencia, resta abordar el nuestro de si el Derecho es una ciencia o no lo es.

Dice el maestro sanmarquino Julio Sanz que «el derecho como sistema de normas es parte de la realidad social y su estudio corresponde, pues, a una ciencia social»[22].

Por de pronto resulta sugestivo que la afirmación del derecho como ciencia provenga de un notable epistemólogo antes que de un jurista. La ventaja: un riguroso conocimiento de la premisa mayor –las categorías epistemológicas mínimamente requeridas para la admisión–. La desventaja: un conocimiento poco desarrollado de la premisa menor –el Derecho–.

El estudio de la dimensión normativa del Derecho penal es para Santiago Mir Puig, «ciencia del Derecho penal»[23] que no sería otra cosa que la dogmática jurídico penal, que al tratar en su interrelación con otras ciencias sociales vinculadas, como la criminología, se le comprende como «ciencia global del Derecho penal», expresión que se le debe a Liszt (*gesamte Strafrechtswissenschaft*).

Se dice que el Derecho penal es ciencia normativa pues su método es el jurídico por virtud del cual se interpreta, se sistematiza y se critica.

Este criterio metodológico no es suficiente para reputar al Derecho penal de científico pues las seudociencias y la misma filosofía también interpretan, sistematizan y critican.

---

[22] SANZ ELGUERA, *Introducción a la ciencia*, cit., p. 122.

[23] MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Reppertor, Barcelona, 1996, p. 16.

Fernández Carrasquilla sostiene que «el Derecho penal puede alcanzar el rango de disciplina científica cuando, a su vez, el Derecho (en general) puede ser ciencia, cosa que se logró con la constitución del objeto propio de la investigación y la creación de un método apropiado y exclusivo para su exploración»[24], lo que sigue siendo un criterio insuficiente pues la tenencia de un objeto caracteriza a cualquier campo del saber incluyendo las artes, pues que duda cabe que será objeto de estudio propio del esteta, las esculturas griegas de Praxíteles o Fidias, o la cúpula de Santa María de las Flores, de Brunelesqui, y sus observaciones estéticas habrán a su vez de contar con el método apropiado.

Dice Bettiol que «el Derecho es antes que nada, una ciencia moral que, en cuanto ciencia, requiere categorías conceptuales, de orden, de sistema. Este orden o sistema no pueden, con todo, venir planteadas en términos de lógica formal de fondo mecánico-naturalístico. El sistema debe ser categorial o de valor»[25].

En criterios de Bettiol el Derecho resiste una aproximación naturalística, pues su campo son las normas y los procesos valorativos y no la naturaleza.

Se resiste el Derecho, según Bettiol a que sus normas apuntan exclusivamente a la solución de intereses pues su campo de tutela es más elevado[26].

Es la de Bettiol una concepción idealista y ética que lo acerca más a la filosofía que a la ciencia, sin perjuicio que con el argumento valorativo entre a hurtadillas en el Derecho y con rango de verdades máximas, la política.

Debemos entender a estas alturas que el Derecho como cuerpo de conocimiento muta como mutan los diversos escenarios en que se da. «Todo conocimiento depende del contexto»[27], nos dice Jakobs,

---

[24] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, Temis, Bogotá, 1995, T. I, p. 15.

[25] BETTIOL, Giuseppe, *El problema penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 11.

[26] Ibídem, p. 119.

[27] JAKOBS, Günther, *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 11.

añadiendo que «la opción en favor de determinado modelo constituye siempre una opción en favor de un contexto»[28].

Coincide esta proposición con la de Popper, ya citado, que señala el valor históricamente relativo de las teorías. Lo mismo que las propuestas de escenarios finitos en que se define la universalidad de las proposiciones teóricas.

II. EL DERECHO PENAL COMO CIENCIA. POSICIÓN DEL AUTOR

En el Derecho existen tres enfoques: i) normativo; ii) axiológico; y iii) sociológico[29].

i. Conforme el modelo normativo el Derecho como sistema lógico se orienta según una pirámide de conceptos «pues la misión de la ciencia del derecho es conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose unas a otras y procediendo unas de otras»[30].

   Las normas jurídicas entonces, son un subconjunto lingüístico del lenguaje general[31].

   Se destacan en el modelo normativo la escuela analítica inglesa (Austin y otros), así como la «teoría de los conceptos» de Puchta en procura de un sistema de consistencia interna que facilite el manejo de la materia jurídica «pues la misión del Derecho es conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose unas de otras, a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta la altura de su principio»[32].

---

[28] Loc. cit.

[29] HABA P., Enrique, «Ciencia jurídica: ¿Qué ciencia?», *en Ius et Praxis*. Revista de la Universidad de Lima, Nº 12, Lima, 1982, p. 102.

[30] PUCHTA, Georg Friederich, *Cursus der institutionen*, citado por LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de Gil Cremades, Ariel, Barcelona, 1994, p. 41.

[31] HABA P., «Ciencia jurídica: ¿Qué ciencia?», cit., p. 102.

[32] Citado por LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 41.

Se destaca igualmente en el normativismo que nos ocupa el método «histórico natural» de Rudolf von Ihering, renunciante de la dirección ética de su predecesor Puchta, y reorientado por las ciencias naturales de su época, que le permitió esbozar una jurisprudencia pragmática de base sociológica[33], «atribuimos al Derecho las propiedades de un producto natural»[34] nos dice Ihering.

ii. Conforme al axiologismo, el Derecho busca con paradojal para-normativismo, «la justicia» y la «equidad». Se escapa de la norma. Se la interpreta y con ello se la puede rebasar si conviene al intérprete y si así lo propone «la justicia concreta»[35].

El axiologismo nos lleva hipnotizados, por lo «justo», «orden», «seguridad», «bien común» y «justicia social», etc. Destacan Binding y Kohler[36].

iii. El sociologismo, o el positivismo como más propiamente se llama a este enfoque, reúne a «aquellos autores que llaman 'derecho' al hecho de que determinado tipo de conducta se cumpla con una cierta regularidad, ya sea en un medio social –una colectividad o un sector de ella– o al menos en la práctica de los jueces»[37].

Como se advierte «el positivismo se caracteriza especialmente por aspirar a desterrar de la ciencia, por no poder tener respuesta, no solo toda metafísica, sino también la cuestión acerca del sentido

---

[33] Ibídem, pp. 45, 46 y 47.

[34] VON IHERING, Rudolf, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción de Enrique Príncipe y Satorres, Comares, Granada, 1998, p. 13. Esta obra data de 1852.

[35] Cfr. VILLEY, Michel, «Une définition du droi», en *Seize essais de Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1969, pp. 15-37.

[36] BINDING, Karl, *Handbuch der strafrecht*, y Kohler, Josef, *Gründhuts Zeitschrift*, citados por LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 53.

[37] HABA P., «Ciencia jurídica: ¿Qué ciencia?», cit., p. 104.

de la existencia, acerca de 'valores', o 'validez', y por restringir la ciencia estrictamente a los hechos y a su legalidad empíricamente observable»[38].

Jescheck, escribe de ciencias criminales y cuando lo hace emparalela lo que llama: «ciencias empíricas y ciencias normativas»[39] y las vincula entre sí con una concepción que denomina integradora[40] que en realidad no define y con lo que el maestro alemán no altera en nada el igualmente paralelismo de su predecesor von Liszt que intentó infructuosamente resolver con su expresión «ciencia totalizadora del Derecho penal»[41].

Acercándonos al punto en el que intentamos hacer una propuesta, es decir, que el positivismo sociologista le ha impuesto al Derecho como cuerpo teórico ciertas consecuencias siendo la más importante de todas que el Derecho que cuenta es el positivo, el escrito. Dirá Bierling que «Derecho, en el sentido jurídico, es todo lo que los hombres, que conviven en cualquier comunidad, reconocen como norma y regla de esa convivencia»[42].

1. Posición del autor

Proponemos distanciándonos de todo paralelismo que el Derecho en general y en particular el Derecho penal, es una ciencia social normativa. Su materia comprende no solo las normas existentes y su referente conductual implicado paradigmática y realmente en la teoría del delito, sino las normas que deben elaborarse conforme el avance de las teorías jurídicas lo mismo que de la observación del entorno social. La teoría de la imputación objetiva que tanto le debe a Larenz, Hönig, Roxin, y Jakobs, son elocuentes al respecto. Lo mis-

---

[38] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 57.

[39] JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 35.

[40] Loc. cit.

[41] Loc. cit.

[42] BIERLING, Rudolf von, *Juristische prinzipienlehre*, Scientia, Aalen, 1984, T. I, p. 19.

mo cabe decir de las nuevas aproximaciones a la teoría del tipo, a partir del fenomenologismo de Welzel, la tentativa, la autoría, participación y la culpabilidad.

Las construcciones teóricas menores que se imponen y suceden en la teoría principal del delito, le imprimen un orden al juicio de subsunción lo mismo que al fallo final de los jueces, fallo que de no contaminarse de contenido precientífico y axiológico debieran alcanzar un índice de correlación o de coincidencia estadísticamente significativo, en la misma dirección además en que siguen con rigor metodológico los constructos teóricos que les sirve de base. La predictibilidad nace de este hecho, y sin que tenga esta predictibilidad que alcanzar la unidad[43], alcanzará ciertamente el índice que permita descartar el azar.

Lo dicho nos lleva a recordar la máxima de Oliver Wendell Holmes: «Yo entiendo por Derecho las profecías de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos»[44].

Es pues el Derecho, metodológicamente hablando, una ciencia normativa probabilística.

Si nos sujetamos al método científico, cuyos atributos los comparte ciertamente el Derecho penal moderno, y sin distanciarse de las distintas otras ciencias sociales, estos atributos son:

1. Formula problemas con precisión. La dogmática con el auxilio de la política criminal, la psicología, la economía y otras ciencias al respecto. Tal es el caso de la creación o supresión de tipos penales.
2. Arbitra conjeturas para la construcción de las normas y su contenido lingüístico en función de la diversidad de horizontes culturales. Tal es el caso del error de prohibición culturalmente condicionado, en el sentido del artículo 15º del Código Penal.

---

[43] Índices del 100% de probabilidad, que no lo alcanza ni la física. El índice de probabilidad con que las ciencias sociales predicen acontecimientos futuros no es siempre cerca de la unidad, aunque estadísticamente significativo (nota del autor).

[44] HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 19.

3. Deriva consecuencias lógicas de las conjeturas. La norma penal lleva en sí la conjetura de que su tenor impedirá la comisión de delitos (prevención general).
4. Arbitra técnicas. Toda la técnica legislativa es ejemplo de ello.
5. Determina ámbitos de validez de los hallazgos. El Derecho en general tiene un ámbito territorial de validez, pero además la norma misma, en su aplicación está sujeta a ámbitos de imputación. Claro ejemplo de lo que venimos de decir lo tiene el llamado «ámbito de tutela de la ley penal» o «el fin de la norma» en la teoría de imputación objetiva de Roxin o la «prohibición de regreso», «principio de confianza» y «competencia de la víctima» en el modelo de Jakobs.

En suma, reafirmamos la tesis de que el Derecho penal es una ciencia social normativa y como tal metodológicamente probabilística.

III. EL DERECHO PENAL, LAS CIENCIAS VINCULADAS Y LAPOLÍTICA CRIMINAL

El Derecho penal como es obvio, se relaciona con todas las ramas del saber[45], pero ciertamente con algunos campos su vinculación es notoria.

1. Derecho penal y criminología

Es objeto de la criminología[46] el estudio del fenómeno delincuencial o criminal. Se trata de una ciencia social con objeto de estudio propio y el método científico probabilístico que la emparienta con las otras ciencias sociales en general y en particular con la sociología y la psicología social e individual, la psicopatología y desde lue-

[45] Cerezo Mir las llama «Enciclopedia de las ciencias penales», y entre ellas considera: la dogmática penal, la antropología criminal, la psicología criminal, la sociología criminal, a las que reconoce como ciencias empíricas interdisciplinarias (vide CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, Tecnos, Madrid, 2004, Vol. 1, pp. 70 y ss.).

[46] El vocablo lo emplea por primera vez el positivista italiano Rafael Garófalo en el título de su obra *Criminología*, publicada en 1885.

go la antropología. Jescheck dice de la criminología «que es una ciencia fáctica que trabaja empíricamente y emplea los métodos de varias ciencias de la naturaleza y sociales, por lo que puede denominarse área científica interdisciplinaria»[47].

Para el profesor español Antonio García Pablos de Molina la criminología es una «ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo y técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente»[48].

No compartimos la tesis de Baratta en el punto en que afirma que «una investigación etiológica solo puede hacerse sobre la realidad del proceso de criminalización». Todo límite a la investigación etiológica debe ser desterrado por sectario, sin perjuicio que el llamado proceso de criminalización[49] al momento, solo alcanza el dudoso rango de hipótesis bajo estudio. En lo que sí seguimos a Baratta es que la criminología estudia la realidad de los comportamientos socialmente dañosos[50].

La criminología en tanto ciencia social, formula teorías desde las cuales aborda el fenómeno criminal. Tal es el caso de la teoría de la «anomia o comportamiento desviado y de las subculturas criminales» tan caras al funcionalismo norteamericano, que cobra nueva fuerza ahora como en la década de los cincuenta y que propone que la desviación debe su curso no a causas individuales (v. gr. patológicas, antropológicas) sino como expresión normal –esperada– en la estructura social[51].

Destacan en esta línea, autores como Durkheim y Robert Merton.

---

[47] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 39.

[48] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología: Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 19.

[49] BARATTA, Alejandro, «No está en crisis la criminología (entrevista)», en MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, *¿Qué pasa en la Criminología moderna?*, Temis, Bogotá, 1990, p. 112.

[50] Loc. cit.

[51] PAVARINI, Máximo, *Control y dominación*, Siglo XXI, México, 1983, p. 56.

En paralelo y hasta en consecuencia con la línea funcionalista criminológica, aparece la teoría jurídica funcionalista o sistémica de prevención, integración representada en Alemania por Luhmann, Amelung, Otto y Jakobs.

Otro modelo teórico de la criminología moderna lo tenemos en la de «la asociación diferencial» de Edwin Sutherland y la teoría del *Labelling approach* o enfoque de la reacción social, que propugna que la criminalidad es un efecto de la desorganización social, y de la pugna de intereses de las clases o grupos sociales en conflicto.

El primer modelo con Sutherland, plantea que la criminalidad se aprende, no se hereda ni se inventa, ni imita[52].

El segundo modelo del *labelling approach* o etiquetamiento menciona el proceso de criminalización por parte del sistema penal. «La hipótesis sobre la que se basan todas las teorías de la reacción social, es que la reacción social (sistema penal, normas, jueces y policías) a la conducta humana, afecta negativamente el concepto de sí mismo (*self*) de su protagonista».

Modernamente alcanzó dominio en el pensamiento criminológico, y por influencia del marxismo lo mismo que del *labelling approach*, la «criminología crítica», que busca «la construcción de una teoría materialista de la desviación»[53].

Mantovani afirma que, «la criminología crítica, por haberse desarrollado desde sus comienzos en el ámbito de una crítica radical y marxista de la sociedad con manifiestas finalidades político-ideológicas y por su pretendido extremismo de reemplazar la criminología tradicional y de identificarse con la criminología propiamente dicha, ha terminado identificándose más con el apriorismo de la ideología que con la correspondencia empírica de la ciencia»[54].

---

[52] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, p. 557.

[53] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Introducción a la criminología*, Grijley, Lima, 1997, p. 91.

[54] MANTOVANI, Fernando, *El siglo XIX y las ciencias criminales*, Temis, Bogotá, 1988, p. 31.

La criminología crítica, pues, caído el Muro de Berlín, naufraga sin salvación. No obstante los desesperados intentos de sus náufragos, los neorrealistas de izquierda, asidos a una nueva tabla de Carnéades: el abolicionismo.

La criminología crítica, cargada de axiologicismo, y politizada, hizo suyo el método macrosociológico histórico materialista, pero sin manejarlo ya se había debilitado por un verbalismo falto de contenido objetivo y de realismo.

2. El Derecho penal y la política criminal

La política criminal se compone del conjunto uniforme de criterios rectores de lo que debe ser el fin del Derecho penal y de la pena en una sociedad determinada.

El marco orientador será en nuestro caso el Estado liberal de Derecho pues la política criminal encausa la práctica jurídico-penal subordinándola a la política ya que «cada ordenamiento jurídico-penal responde a una determinada orientación político criminal»[55].

Dirá Jescheck que «la política criminal conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho penal para no restringir la esfera de libertad del ciudadano»[56].

La política criminal no es una ciencia[57]; son más bien lineamientos políticos generales. Se trata de una praxis correspondiente a una particular concepción del Estado, de la sociedad y tiempos vividos.

---

[55] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 16.

[56] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 18.

[57] Distinto criterio el de VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Strafrecht*, 24ª ed., Berlín-Leipzig, 1922; LANGLE, Emilio, *La teoría de la política criminal*, Reus, Madrid, 1927; MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz/GÖSSEL, Karl Heinz, *Derecho penal. Parte general 1*, Astrea, Buenos Aires, 1994, pássim.

Mantovani nos dice que, «en cuanto hace a la política criminal, su desarrollo históricamente ha sido señalado por el paso de la pasión en la reacción social contra el crimen, que durante mucho tiempo caracterizó y todavía vuelve a caracterizar la historia humana, a la racionalidad de esa reacción, teniendo en cuenta los graduales perfeccionamientos y las integraciones aportados por el progresivo y cada vez más profundo conocimiento de fenómeno criminoso, en su realidad naturalística y sociológica»[58].

3. Economía y Derecho Penal

Así como el Derecho ocupa buena parte de la vida social pues la regula, la economía, como instrumento de análisis cada vez más desarrollada se ocupa del fenómeno económico existente a la base de ese orden social jurídicamente regulado.

El Derecho y la ciencia económica se vinculan, y hoy más intensivamente que antes con ocasión particular del nivel alcanzado por el análisis económico del Derecho en general, y en especial del Derecho penal.

Modernamente, el análisis económico del Derecho constituye un interesante acabado teórico que debe tomar en cuenta la política criminal. «El economista –nos dice Richard Posner– se siente inclinado a pronosticar que un aumento de la necesidad del castigo o de la probabilidad de su imposición elevará el precio del delito y por ende reduciría su incidencia»[59], y añade: «se alentará al criminal para que se dedique a otra actividad»[60].

Estamos pues en un discurso funcional en mérito del cual el afronte político-criminal se desplaza de consideraciones iusnaturalistas esencialistas a consideraciones positivistas, de efectividad racional.

---

[58] MANTOVANI, *El siglo XIX y las ciencias criminales*, cit., p. 7.

[59] POSNER, Richard, *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económico, México, 1992, p. 13.

[60] Loc. cit.

Nos dice el profesor de Chicago que, a propósito del diseño de sanciones penales óptimas, «el modelo puede ser muy simple: una persona comete un delito porque los beneficios esperados del delito para él superan los costos esperados»[61] y recurre en su propuesta al control empírico en que consiste la variedad de investigaciones que sobre el punto afirma se ha realizado. «Una bibliografía empírica creciente –nos dice Posner– sobre los delitos ha revelado que los delincuentes responden a los cambios ocurridos en los costos de oportunidad, en la probabilidad de la apelación, en la severidad del castigo y en otras variables relevantes como si fuesen efectivamente los calculadores racionales del modelo económico»[62].

CL = ft. i

El costo de la ley es igual a la función del tiempo por la infracción necesaria para cumplir con la ley.

La teoría económica de la consecuencia jurídica penal es, a decir de Posner, «una teoría de la discusión. El Estado –añade el autor citado– reduce la demanda de delitos fijando un precio por el delito bajo la forma de un costo esperado de tener que pagar una multa o ir a prisión por cometer delito, pero los individuos son efectivamente multados o encarcelados solo por mantener la credibilidad del instrumento de disuasión»[63]. Gary Becker (1976) se pronuncia en el mismo sentido[64]. Amplio análisis de la materia hacen Blumstein y otros (1978)[65]. No basta un análisis cerrado de la legislación jurídi-

---

[61] POSNER, *El análisis económico del Derecho*, cit., p. 214.

[62] Ibídem, p. 215.

[63] Ibídem, p. 222.

[46] BECKER, Gary, *The economic approach to human behaviour*, Universidad of Chicago Press, 1976.

[65] BLUMSTEIN, A.; COHEN, J. y NAGIN, D., *Deterrence and incapacitation: estimating the effects of criminal sanctions on crimen rates*, National Academy of Science, Washington D.C., 1978.

co-penal ni son suficientes las argumentaciones filosóficas e institucionalistas; es necesario además, como bien señaló el profesor español Torres López «considerar los efectos que tales instituciones tienen sobre la sociedad y qué resultados genera para los ciudadanos»[66]. Añadiendo el autor citado que de este modo el modelo adquiere mayor solidez empírica en la tradición funcionalista[67].

El óptimo de Pareto (1897), o criterio de Pareto en mérito del cual «ningún sujeto puede ya mejorar su situación sin perjudicar a otro»[68] debe igualmente considerarlo cualquier racionalidad político-criminal si se quiere alcanzar la máxima eficiencia social del Derecho penal.

No perder de vista, a propósito de las vinculaciones prácticas y gnoseológicas, lo que dice Torres López citando a Wagner (1879) en el sentido que «las leyes no son sino el resultado del propio progreso de la economía»[69].

Igualmente, no perder de vista lo que dice Ronald H. Coase, economista británico, profesor emérito en la Universidad de Chicago y Premio Nobel de Economía en 1991, quien señala que «la ley es un bien de capital. El Derecho no es una condición constante en la sociedad».

EL DILEMA DEL PRISIONERO		
A/B	ROBA	NO ROBA
Roba	$\Sigma -$	$\Sigma -$
No Roba	$\Sigma -$	$\Sigma +$

[66] TORRES LÓPEZ, Juan/MONTERO SOLER, Alberto, *La economía del delito y de las penas*, Comares, Granada, 1998, p. 24.

[67] Loc. cit.

[68] OTTO, Claus/SCHAFER, Hans-Bernd, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 39; TORRES LÓPEZ / MONTERO SOLER, *La economía del delito y de las penas*, cit., pp. 24, 33.

[69] Ibídem, p. 17.

Capítulo II
HISTORIA DE LAS IDEAS JURÍDICO PENALES

SUMARIO: I. Periodo antiguo remoto. II. Periodo antiguo no remoto. 1. Oriente. a. China. b. Persia. c. India. d. Israel. III. Derecho griego. IV. Derecho romano. V. Edad Media. 1. Derecho penal germánico. 2. Derecho penal canónico. VI. La Edad Moderna. VII. La Edad Contemporánea. 1. El iluminismo. 2. El racionalismo. 3. El positivismo clásico. 4. El causalismo. 5. El neocausalismo. 6. El irracionalismo. 7. El finalismo. 8. El posfinalismo político-criminal. 9. El funcionalismo avanzado.

I. PERIODO ANTIGUO REMOTO

Las manifestaciones punitivas antiguas se vincularon al pensamiento mágico-religioso y el castigo además de cruel era primaria expresión de venganza y de temores ignotos.

El pensamiento mágico nos trae «la prohibición» por temor a lo desconocido: El tabú, vocablo polinesio equivalente al «no harán»[70]. La contrariedad al tabú dejaba sin protección divina al rebelde y obligaba a la comunidad infringirle colectivamente el castigo correspondiente[71], a manera de expiación.

---

[70] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Losada, Buenos Aires, 1964, T. I, p. 241.

[71] MORLE, Antonio, *De los clanes a los imperios: organización social entre los primitivos y en oriente antiguo*, Montes, Barcelona, 1924, p. 124.

Añadir además que el vocablo se corresponde con el «*sacer*» romano, el «*kodausch*» de los hebreos. En polinesio lo opuesto a «tabú», es *noa* que significa «lo ordinario» y «accesible», pues «tabú» es «lo prohibido» y «lo impuro».

La reacción comunitaria es desmedida, temerosa, irracional, básicamente impulsiva. Estamos en la prehistoria, en el sistema del «totemismo» en alusión al «tótem» que «es un animal comestible, ora inofensivo, ora peligroso y temido, y más raramente una planta o una fuerza natural [...] El tótem es el antepasado del clan, su espíritu protector y su bienhechor, que envía oráculos a sus hijos y los conoce y protege. Los individuos que poseen el mismo tótem se hallan, por tanto, sometidos a la sagrada obligación, cuya violencia trae consigo un castigo automático»[72].

La prohibición en que consiste el 'tabú' no tiene base racional y «carece de todo fundamento. Su origen es desconocido, incomprensible para nosotros, parecen naturales en aquellos que viven bajo un imperio[...] Se trata de una serie de limitaciones a las que se someten los pueblos primitivos ignorando sus razones y sin preocuparse siquiera de investigarlas, pero considerándolas como cosa natural y perfectamente convencidos de que su violación les atraerá los peores castigos [...] Lo más singular de todo esto es que aquellos que tienen la desgracia de violar una de tales prohibiciones, se convierten a su vez, en prohibidos e interdictos»[73].

II. PERIODO ANTIGUO NO REMOTO

1. Oriente

a. China

El Derecho chino tiene carácter sagrado y está contenido en el libro de las cinco penas[74] y en él predominan el talión y la venganza, la pena pública con fines de escarmiento.

---

[72] FREUD, Sigmund, *Tótem y tabú*, Biblioteca Nueva, Madrid, [*Obras completas*] 1968, T. II, pp. 511, 512.

[73] Ibídem, pp. 520 y ss.

[74] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 268.

En su segunda etapa el Derecho penal chino pareciera que se morigera y toma en cuenta los móviles del delito[75].

b. Persia

El Derecho en Persia, sobre todo en su primer momento, es talional y se caracteriza por la severidad de las penas: lapidación, crucifixión, descuartizamiento, decapitación y scaffismo (muerte lenta y horrible).

Posteriormente el Derecho persa se humaniza por influencia de los libros sagrados –El Avesta– que contiene las enseñanzas de El Ahura Mazda, y se toman en cuenta la intención, la negligencia y el caso fortuito[76].

c. India

El Derecho indio antiguo se resumía en el 'libro de Manú' (Manava- Dharma-Sastra) que se remonta al siglo XL a.C. En el libro de Manú el castigo tiene origen divino, y purifica a quien lo padece. En este Código se desconoce el talión.

d. Israel

El Derecho penal israelí está contenido en el Génesis, donde aparece un particular y naturalístico sistema de imputación con motivo del pecado original. En el Pentateuco, concretamente en el «Éxodo», «Levítico» y el «Deuteronomio», se contiene más ampliamente el sistema punitivo reinante. Más adelante se agrega «el Talmud».

En el Derecho israelí predomina lo religioso y la pena es talional «que en caso de homicidio es absoluto: vida por vida»[77].

III. DERECHO GRIEGO

En la Grecia antigua predomina la venganza privada que se hacía extensiva a la familia del perturbador.

---

[75] Loc. cit.

[76] Loc. cit.

[77] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 272.

El pensamiento griego antiguo en materia penal no es uniforme ni coherente pues esta contenido en las más variadas piezas filosóficas u oratorias.

En materia de penas, sabemos que Sócrates fue condenado a beber la cicuta por atentar contra la religión. Protágoras y Anaxágoras fueron desterrados.

En Platón el *topus uranus*, o «mundo de las ideas perfectas» es inmutable y así la idea del bien y mal son invariables, siendo que quien no las pueda ver deba ser eliminado[78].

En Aristóteles aparece el criterio de la ley injusta desde perspectivas más realistas. En Aristóteles la pena debe intimidar.

IV. DERECHO ROMANO

Los romanos destacaron amplia y universalmente por su Derecho civil. El Derecho penal público tuvo menor alcance.

En un primer momento (el de la monarquía) –hasta el siglo VII a.C.– el Derecho penal romano es público y tutela los bienes públicos –*preduellio*– y los particulares –*parricidium*–.

La *preduellio* «es la guerra mala, perversa, contra la propia patria»[79].

El *parricidium* «es la muerte del jefe de familia, del *pater familia* [...] que origina el gran grupo de los delitos comunes»[80].

Aparte del *preduellio* y el *parricidium*, «se hallan penados con penas públicas: el incendio, el falso testimonio, el cohecho del juez, la difamación, las reuniones nocturnas y la hechicería»[81].

---

[78] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1981, T. II, p. 34.

[79] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 280.

[80] Loc. cit.

[81] Loc. cit.

Después de la monarquía, ya en la República, se impone en Roma la Ley de las XII tablas (433-451 a.C.) en la que aparecen diversas disposiciones de orden penal, particularmente de las tablas VIII a XII, «se afirma la ley del talión y se regula la composición»[82].

Más adelante, con el advenimiento del Imperio, a fines del siglo II d.C. y fortalecido el Estado, se reduce el ámbito de los delitos privados y «aparece el nuevo y extenso grupo de los ***crímina extraordinaria*** [...] punto intermedio entre el *crimen publicum* y *delictum privatum* [...] al lesionado compete la denuncia, pero juzgan los titulares de la jurisdicción penal [...] Se exige el *dolus malus* y se castiga la tentativa y la complicidad [...] así tenemos los ladrones de bolsillo, autores de robos, merodeadores, ladrones de baños, abigeos, bandolero, [...] la receptación, la estafa, rapto, aborto, exposición de infante»[83].

V. EDAD MEDIA

Llegado el medioevo europeo, a la caída de Roma, sobrevive su cultura jurídica a pesar de su contacto con la cultura bárbara de entonces.

El medioevo, signada del cristianismo emergente, «implica una pugna constante entre dos actitudes: la de la fe y la de la razón»[84].

Aparece en el medioevo, el pensamiento de San Agustín para quien «los hombres están dirigidos finalmente hacia Dios»[85].

1. Derecho penal germánico

El Derecho germánico se desenvuelve desde el siglo V al siglo XI d.C. y tuvo carácter estatal aunque desde un punto de partida costumbrista.

Primitivamente, el Derecho germano representó «el orden de paz» y su violación implicaba la privación de la paz (fiedlosigkeit)

---

(82) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 281.

(83) Loc. cit.

(84) ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 46

(85) Loc. cit.

supuesto en que el infractor perdía la tutela estatal y podía ser muerto por cualquiera[86].

En los delitos privados existía la *faida*, merced a la cual, la venganza se dirigía contra el ofensor y su familia[87].

A medida que el Derecho penal privatista germano, se fue haciendo público «la *faida* se fue limitando por vía de la composición, que de optativa pasó a ser obligatoria»[88], o convenios reparatorios basados en la entrega de ganado, caballos y armas[89]. La pena pública se reserva para faltas graves[90].

2. Derecho penal canónico

El Derecho penal canónico es una mixtura del publicismo romano y el privatismo germano. Se condensa en el *codex juris canonici* y privilegia el aspecto subjetivo del delito y asocia la infracción al pecado. «Tuvo el mérito de introducir la prisión mediante la reclusión en celdas monásticas, y de allí proviene el nombre de penitenciaría»[91].

El Derecho canónico «distingue entre delitos eclesiásticos que ofendían al Derecho divino; *los delicta mere secularia* o seculares que lesionaban el orden humano y la *delicta mixta* que tanto violaban una como otra esfera»[92].

Es importante destacar que en el Derecho canónico se humanizan las penas. «El Derecho canónico se opuso a la atrocidad de las penas»[93].

---

[86] JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. I. p. 286.

[87] Loc. cit.

[88] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, p. 151.

[89] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 81.

[90] Loc. cit.

[91] Loc. cit.

[92] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 290.

[93] Loc. cit.

VI. LA EDAD MODERNA

El Derecho de la edad moderna (siglo XII al XVII) se desarrolla sobre la base del *corpus iuris*, explicado por los glosadores y la de los post-glosadores con su tarea de concordar los textos romanos con los derechos vigentes en las ciudades italianas y de las tribus alemanas (langobardas).

Es un logro inicial de este periodo el primer Código alemán de Derecho penal imperial y procesal: *La Constitutio Criminalis Carolina*[94].

Destacan además, la legislación francesa de Luis XIV (1770): La ordenanza criminal; la *lex regia* (Dinamarca, 1660).

VII. LA EDAD CONTEMPORÁNEA

Podemos fijar en el siglo XVIII, con la Revolución Francesa de 1789, el inicio de este periodo. Sus etapas son:

- *El iluminismo:* Beccaria, Bentham, Filangieri, Romagnosi y Marat.
- *El racionalismo:* Carrara, Hegel, Binding.
- *El positivismo:* Lombroso, Ferri, Garófalo, Rocco, Alimena, Carnevale.
- *El causalismo:* von Liszt, Beling, Radbruch.
- *El neocausalismo:* Mezger.
- *El irracionalismo:* Schaffstein, Dahm.
- *El finalismo:* H. Welzel, Armin Kaufmann, R. Maurach, H. Hirsch, Cerezo Mir.
- *El posfinalismo político-criminal:* Ancel, Roxin, Bricola, Baratta.
- *El funcionalismo:* Jescheck, Hassemer, Roxin, Jakobs.

1. El iluminismo

Es característico del iluminismo su racionalidad pragmática y su iusnaturalismo crítico. El abúlico Cesare Bonesana, marqués de

---

[94] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. I, p. 62.

Beccaria y seguidor de Rousseau, es un contractualista que escribe un famoso libro *Dei Delitti e delle Pene* (Milán, 1764) y en él distingue la justicia humana de la divina; la estricta necesidad de la pena; el rigor de la pena no es tan importante como la certidumbre del castigo; los castigos crueles insensibilizan a los hombres; la abolición de la pena de muerte. Aunque de su obra se desprende que es mortícola.

Jeremías Bentham, el utilitarista por excelencia, se opone al contractualismo tanto como al iusnaturalismo en pro de una legislación básicamente útil y previsora del daño social. El fin de la pena es prevención general, y su índole la de ser: cierta, medibles, análogas al delito, ejemplares, etc.

Gaetano Filangieri y Giandomenico Romagnosi, plantean que el Derecho debe procurar la felicidad común, por ello la pena persigue la prevención general.

Jean Paul Marat, médico de profesión, animado por una convocatoria que se le atribuye a Voltaire, escribe su «*plan de legislation criminelle*», siguiendo de cerca a los autores de la época: Rousseau, Mably, Beccaria, Morellet y Voltaire.

Escribe el gran Marat: «Está en mis principios que un infortunado sin recursos tiene el derecho de robar para vivir»[95]. Compone además un interesante discurso en el que textualmente dice: «Cubierto de harapos y acostado sobre la paja, cada día instalaba el aflictivo espectáculo de mis llagas; si se me ocurría implorar auxilio, ¿qué mano caritativa venía en socorro mío? Desesperado por vuestras negativas, falto de todo y acuciado por el hambre, he aprovechado la oscuridad de la noche para arrancar a un transeúnte un leve auxilio que su dureza me negaba; y porque he usado de los derechos de la naturaleza, ¿me enviáis al suplicio? ¡Jueces inicuos! Acordáos que la humanidad es la primera de las virtudes y la justicia la primera de las leyes. Con la narración de vuestras crueldades los mismos caníbales se estremecían de horror: ¡Bárbaros!, bañaos en mi sangre, puesto que es preciso para asegurar vuestras injustas posesiones; en medio

[95] MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 262.

de los tormentos que voy a padecer, mi único consuelo será reprochar al cielo haberme hecho nacer entre vosotros»[96].

El criterio de Marat, notable dirigente en la Revolución Francesa de 1789, es que se pena sin lesionar la justicia natural, que se libere a los débiles, quitarle la espada a la tiranía, mantener el orden en la sociedad y resguardar la tranquilidad de sus miembros[97].

Añade Marat, que si bien el delito lesiona la ley, la ley debe ser justa y lo será en la medida que no contradiga la ley natural. La pena debe ser justa y útil[98].

En España sigue el iluminismo el mexicano Manuel de Lardizábal y Uribe, nacido en Puebla en 1739, profesor en Valladolid[99], muerto en 1820. Publicó su «Discurso sobre las penas» (1782).

2. El racionalismo

Derivado del iluminismo, el racionalismo se caracterizó por su vocación edificadora, aunque de base especulativa y filosófica.

El racionalismo clásico se esfuerza por establecer un esquema garantista en favor del ciudadano frente al Estado.

El racionalismo rechaza el utilitarismo, es liberal y humanitario y aun cuando sus diversas formulaciones son variadas y hasta contradictorias, coinciden todas las posturas en lo siguiente:

- Método racionalista: se apela al raciocinio lógico abstracto.
- La imputabilidad se basa en el libre albedrío.
- El delito es un ente jurídico: Carrara decía que «el delito no es un ente de hecho sino un ente jurídico»[100].
- La pena como un mal y como medio de tutela jurídica.

---

[96] Loc. cit.

[97] MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 33.

[98] Ibídem, cit., p. 48.

[99] Vide CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 99.

[100] CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1956, p. XII (prefacio).

Francesco Carrara, *il Sommo Maestro di Pisa*, es el más representativo exponente del racionalismo (escuela clásica). Para Carrara, el derecho de castigar es natural y absolutamente racional en aras de la justicia.

La pena no persigue finalidad política, sino retribución pura.

Hegel, representa el racionalismo dialéctico alemán, y para él el delito es irracionalidad pura, es negación, siendo entonces que la pena es la negación de la negación. Hegel propugna la retribución y su teoría de la pena la resume Jiménez de Asúa como sigue: «Todos los errores derivan, según él, de considerar la pena como un mal o como un bien. Es un absurdo considerarla como un mal, porque es contrario a la razón querer un mal únicamente porque preexiste otro mal; y es, asimismo, un error considerarla como un bien, porque no se trata, en el fondo, de preocuparse del bien o del mal, sino de examinar la lesión inferida al Derecho o a la violación sufrida. Para él la pena debe tener un solo fin: reaccionar contra el delito, no ya porque ha producido un mal, sino porque ha violado el Derecho en cuanto es Derecho; y concluye: la pena es violación de la violación o la negación de la negación»[101].

Karl Binding en su obra *Die Normen und ihre Übertretung* (*Las normas y su contravención*), plantea que lo esencial del Derecho penal son las normas. Lo determinante antes que el mundo natural o divino, es el mundo jurídico.

Para Binding, el ciudadano no puede ser instrumentalizado por el Estado, ni acudir al derecho natural, para eso está el derecho positivo.

La tesis racionalista la siguen en España Joaquín Francisco Pacheco, nacido en Encija en 1808, abogado e historiador, Fiscal Supremo y Ministro de Estado. Publicó su curso de Derecho constitucional y un tratado de Derecho penal en tres tomos (1829), y Alejandro Goizard.

3. El positivismo clásico

El marco en que aparece la escuela positiva es el de los avances de la ciencia, el naturalismo evolucionista de Darwin, el positivismo del matemático Augusto Comte y Spencer.

---

[101] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, pp. 43-44.

El positivismo posee como dice Jiménez de Asúa, «un carácter unitario y cosmopolita»[102] y su método es el de la observación experimentalista.

El iniciador del positivismo fue César Lombroso en cuya obra de patología criminal *L'uomo delincuente*, se propone un modelo natural antes que jurídico, del fenómeno criminal.

Son caracteres comunes del positivismo los siguientes:

- ***Método experimental.***- Los positivistas al grito de Ferri: «abajo el silogismo», recusan el método dogmático en pro de la observación de los hechos y su tratamiento experimental.
- ***Responsabilidad derivada del determinismo.***- Los positivistas se oponen al libre albedrío en pro de la responsabilidad social. Dada la imputabilidad, el autor debe responder ante la sociedad y «si el hombre va fatalmente determinado a cometer un crimen, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia»[103].
- ***El delito como fenómeno natural y social producido por el hombre.***- El delito no será más un ente jurídico, sino una realidad social.
- ***La pena medio de defensa social.***- La pena no es un castigo sino un medio de protección social.

Son los más preclaros representantes del positivismo: César Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo, Arturo Rocco, Bernardino Alimena y Emmanuele Carnevale.

César Lombroso (1836-1909) a base de observaciones óseas craneanas de famosos delincuentes fallecidos, construye una suerte de patología criminal y pública sus propuestas en su ya citado *L'uomo delincuente*, de 1878.

Lombroso, psiquiatra italiano de origen judío, plantea que la delincuencia es un fenómeno atávico, un rezago primitivo en la filogenia. El delincuente lo es nato, por padecer de «locura moral».

---

[102] Ibídem, p. 63.

[103] Ibídem, p. 66.

Su propuesta surge del descubrimiento de una tercera fosa occipital en el cráneo del delincuente Misdea, más propia de otras especies inferiores que del humano.

Enrico Ferri (1856-1929), construye una «sociología criminal» a partir de su personal trayectoria de político activo y brillante orador, socialista primero y fascista después.

Ferri proyectó el Código italiano en 1921 (Proyecto Ferri) y luego se llamará Código Rocco.

Ferri, peca de un marcado reduccionismo sociológico en el enfoque del delito. Para él, la responsabilidad penal se deriva del solo hecho de vivir en sociedad y la pena tiene como fin, defender a la sociedad.

Rafael Garófalo (1851-1934), aporta al aparato teórico de su tiempo, la tesis de la «temibilidad del delincuente»[104].

Garófalo, un aristócrata con título de barón, construye todo un concepto del delito natural de tono racista pues escribe con desprecio de las «tribus degeneradas»[105].

Plantea que el hombre tiene desde siempre dos sentimientos fundamentales: el de probidad y el de piedad; que son los que escasean en el delincuente y por ello deben ser apartados de la sociedad.

Arturo Rocco (1876-1942), creador con Manzini de la escuela técnico jurídica, incide en que la técnica del derecho no puede ser la filosofía ni la metafísica, sino el propio estudio del derecho positivo vigente, la investigación exegética[106].

Bernardino Alimena y Emmanuele Carnevale, construyen la llamada «*terza scuola*», en procura de una posición equidistante de la escuela clásica y la positivista.

---

[104] GARÓFALO, Rafael, *Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, PDM Ángel, México, 1885, pp. 3 y ss.

[105] ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 246.

[106] ROCCO, Arturo, *El problema y el método de la ciencia del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1978, p. 18.

Los autores citados, rechazan la tesis del libre albedrío en pro de una tesis determinista aunque admitiendo la inimputabilidad como causa de irresponsabilidad.

La pena para los autores comentados debe ser aflictiva y además preventivo general.

4. El causalismo

Una variante jurídica del positivismo italiano lo tenemos en el causalismo que representaran Franz von Liszt, Beling y Gustavo Radbruch, que configura la escuela clásica alemana, que «se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuridicidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito»[107].

Franz von Liszt, padre de la nueva escuela o escuela de política criminal, se opone a la pena como retribución y plantea en cambio su carácter preventivo general y especial.

El delito es para Liszt un producto social y la antijuridicidad un daño social. No cree en la autodeterminación y en consecuencia la responsabilidad penal debe fundarse en la capacidad de motivación por la norma que tenga el delincuente.

Con Liszt se afirma, comienza el Derecho penal moderno, pues no deja que lo desplace el positivismo reinante. El Código Penal dice Liszt, es la *Charta magna* del delincuente y no protege el orden jurídico ni a la comunidad, sino al individuo que actuó contra ella[108].

Su concepto de política criminal como «compendio sistemático de aquellos principios, según los cuales el Estado lleva adelante la

---

[107] ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, traducción de Luzón Peña, García Conlledo y De Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 198.

[108] VON LISZT, Franz, citado por BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 112.

lucha contra el delito mediante la pena y los institutos emparentados»[109], lo escribe en su famoso Programa de Marburgo de 1884[110].

Liszt, desde su materialismo científico, de corte positivista, construye una noción del delito, a partir de la cual la acción es meramente movimiento sin carga valorativa. Lo mismo ocurre con el tipo, entidad descriptiva, desde el criterio natural y no valorativo. Así lo entiende Beling[111] la ocurrencia (la acción) se subsume en el tipo como descripción valorativamente neutra, ni positiva ni negativa, pues podría estar amparada por una causa de justificación[112].

La antijuridicidad en el modelo si comprende valoración, pero desde la formalidad que concluye en comprobar que la acción típica no es amparada por una causa de justificación y punto.

La culpabilidad, contiene el dolo y la culpa, es decir, lo subjetivo del delito por el que el sujeto entiende y quiere realizar el tipo.

Así pues, Ernst von Beling (1866-1932), a partir de criterios naturalísticos del delito, lo analiza en su doble ámbito objetivo-subjetivo, así como en su doble aspecto descriptivo y normativo con lo que crea la teoría del tipo y con ello le imprime a la dogmática jurídico penal un franco desarrollo.

Es particularmente valioso el concepto de tipo que crea Beling en 1906 en una monografía suya *Die Lehre von Verbrechen* (Teoría del delito).

Gustavo Radbruch (1878-1947), profesor en Heidelberg, Konigsberg y Kiel, así como miembro del Reichstag y Ministro de Justicia del Imperio, define el Derecho «como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del derecho positivo»[113], con lo que marca

---

[109] Loc. cit.

[110] Forman la Escuela de Marburgo: H. Cohen; P. Natorp; E. Cassirer, y de alguna forma R. Stammler (1824-1924) (nota del autor).

[111] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, 2006, p. 236.

[112] Loc. cit.

[113] RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, p. 9.

una clara distancia de lo que es propiamente un saber filosófico de política jurídica.

Plantea Radbruch que en la elaboración de la ciencia del derecho positivo se comprenden: 1) la interpretación, 2) la construcción y 3) la sistematización.

Para Radbruch autor exclusivo del proyecto de Código Penal alemán de 1922 existen dos grupos de conceptos: los que tienen importancia jurídica tales como: 'sustracción', 'cosa mueble', 'animo de apropiación', etc. y los que son genuinamente jurídicas como: 'compraventa', 'prenda', etc.[114].

Radbruch persigue, la 'seguridad jurídica' como un anhelo invencible de orden»[115].

En España, sigue esta corriente causalista el correccionalista Pedro Dorado Montero[116]. En el Perú, tenemos a Manuel G. Abastos y Angel Gustavo Cornejo.

5. El neocausalismo

Llamado también neokantismo o causalismo valorativo, esta corriente concibe el conocimiento en su dualidad materia-forma de modo que una aproximación gnoseológica a la realidad empírica, es el resultado de aplicar a esa realidad fáctica y material, las categorías apriorísticas del conocimiento.

Los neokantianos entienden entonces que hay ciencias del espíritu entre las que se halla el Derecho y las de la naturaleza.

---

[114] Ibídem, p. 11.

[115] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 146.

[116] Es particularmente importante la figura académica del salmantino Pedro Dorado Montero (1861-1919). Publicó su *Antropología criminal* en Italia (1889) y su *Positivismo en la ciencia jurídica y social italiana* (1891). Su positivismo es crítico, así conviene Cerezo Mir (CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 109) y su maestro Antón Oneca. Un aula de la Universidad de Salamanca en la que enseñó lleva su nombre (nota del autor).

«La separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva [...] tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar [...] otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia se halló [...] en la distinta forma de valoración [...] El entendimiento de la culpabilidad como 'reprochabilidad' es lo que caracteriza al [...] concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y [...] en los últimos tiempos está siendo sometido a modificación y ulterior desarrollo»[117].

Edmund Mezger (1883-1962) es el más preclaro exponente del neokantismo y partiendo del sistema clásico Liszt-Beling-Radbruch, lo nutre y fortalece con el aporte valorativo. Mezger parte de que la antijuridicidad se da materialmente por una norma objetiva de valoración, esto es, que contiene juicios de valor desde el sistema jurídico sobre determinados hechos y estados (regidos por la causalidad); por eso la antijuridicidad ha de ser comprendida «como una lesión objetiva de las normas de valoración»[118].

El tipo para este sistema, se nutre de elementos valorativos, de donde surge el concepto de «tipo de injusto», anticipando la antijuridicidad.

La antijuridicidad, enlazada con la tipicidad, termina abonando la tesis de una antijuridicidad como dañosidad social, sembrando con ello todo el aparato jurídico de las causas de justificación.

La culpabilidad deja de verse desde la perspectiva psicológica para enfilar un criterio normativo –teoría normativa de la culpabilidad– y con ello la reprochabilidad.

En España, siguen esta corriente José Rodríguez Muñoz, Luis Jiménez de Asúa, José Antón Oneca, Eugenio Cuello Calón, José Rodríguez Devesa[119].

En el Perú tenemos a Luis Bramont Arias y Luis Roy Freyre.

---

[117] ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, cit., p. 199.

[118] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 117.

[119] Jiménez de Asúa (1889-1970), profesor de la Universidad de Madrid, y como consecuencia del exilio franquista lo fue de la Universidad de La Plata y de Buenos

6. El irracionalismo

Tuvo lugar en Alemania, en el periodo comprendido entre 1933 y 1945, con la hegemonía nazi y la escuela de Kiel preconizadoras de un Derecho penal totalitario.

La orientación de Kiel es el resultado de la crítica al modelo punitivo liberal y de la aguda crisis por la que pasa la dogmática invadida de postulados pseudocientíficos.

La escuela de Kiel o *Kieler Richtung* pretende interpretaciones amplias y universales y postulados «avasalladores» como el «sentimiento del pueblo» y sobre el papel que le correspondía actuar al pueblo alemán.

La escuela de Kiel está ideologizada de un antiliberalismo populista a ultranza que deviene en neoiusnaturalismo fundamentalista.

Son representantes de esta escuela G. Dahm (1904-1963) y F. Schaffstein (1905-2001).

Georg Dahm, entiende el delito como modalidad de traición pues el delito es infidelidad a la patria y al pueblo alemán[120].

Para Dahm, la culpabilidad lejos de limitar la responsabilidad, la aumenta con criterios de «mala conciencia y carácter».

Friedrich Schaffstein, ataca al bien jurídico por su supuesta implicancia individualista y en su lugar propugna criterios de «deber lesionado»[121].

Aires, introdujo su pensamiento al Perú el profesor Bramont Arias; José Antón Oneca (1897-1981), maestro de Cerezo Mir, catedrático de Salamanca y Madrid, prisionero de Franco en la dictadura española, magistrado luego del Tribunal Supremo español, su obra *Derecho penal. Parte general* (1949); José María Rodríguez Devesa (1916-1987), catedrático en la Universidad de Murcia, Valladolid y Madrid, publicó su *Derecho penal español. Parte especial*, que se mantuvo vigente y reactualizado gracias al creativo esfuerzo de su discípulo Alfonso Serrano Gómez. Vide CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 117 y ss., y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2003.

[120] DAHM, Georg, «Verrat und Verbrechen», en *ZStW 95* (1935), p. 283.

[121] SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín, 1935, p. 11.

El concepto de «deber» en Schaffstein, lo apartó del modelo clásico del delito como acción típica antijurídica y culpable, simplificándolo y reduciéndolo al subjetivo incumplimiento del deber.

Añadir que en su momento E. Mezger, Erik Wolf y W. Gallas militaron en la escuela de Kiel al lado de Dahm y Schaffstein.

7. El finalismo

Esta corriente ontonaturalista aparece en 1930, con la obra de Welzel[122], aunque es a partir de 1945, con la terminación de la Segunda Guerra Mundial, que acabados los desvaríos de la escuela de Kiel, se instala en Alemania el pensamiento de Hans Welzel (1904-1977), jurista formado con los auspicios neokantianos de B. Bauch y H. Rickert.

«Para esta teoría la 'esencia' de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo «supradetermina de modo final»[123].

Para Hans Welzel, por lo pronto, «la misión del Derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social, y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares»[124]. Y el bien jurídico «es todo Estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones»[125].

---

[122] A la primera obra de Welzel, que fue su tesis doctoral: *La teoría jusnaturalista de Samuel Pufendorf* (1928); le sucede «Causalidad y acción» (1930); «Sobre los valores en el Derecho penal» (1932); «Naturalismo y filosofía de los valores en el Derecho penal» (1935); «Estudios sobre el sistema del Derecho penal» (1939); *La parte general del Derecho penal en sus fundamentos* (1940); *Derecho natural y justicia material* (1962); *Derecho penal alemán* (1969, 1976 y 1993). La doctrina como tal fue influenciada por Weber y Graf zu Dohna.

[123] ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, cit., p. 199.

[124] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañéz Pérez, Editora Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 5.

[125] Loc. cit.

El finalismo de Hans Welzel se aparta del sistema clásico de Liszt-Beling-Radbruch, al comprender la acción humana como un acontecer guiado por un propósito o finalidad, lo que le da esencialidad objetivo-subjetivo a toda conducta.

Es clásica ya la famosa propuesta de Welzel cuando dice: «La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad»[126].

Con este desarrollo Welzel altera radicalmente el plano causal del modelo Liszt-Beling y Radbruch, su principal fundamentador que fraccionaba el proceso causal de acción en «dos partes constitutivas diferentes: el proceso causal externo (objetivo), por un lado y el contenido de la voluntad, simplemente subjetivo, por otro»[127].

En cuanto al tipo dice Welzel que «es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana. Es el contenido de las normas prohibitivas del Derecho penal»[128].

La antijuridicidad para el maestro de Bonn «es, por lo tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto»[129].

La obra de Welzel muestra que la acción, entendida en su unidad objetiva-subjetiva y guiada por una finalidad se subordina a las exigencias del Derecho y a partir de ello se la verá como conforme o no al Derecho (antijurídica)[130].

La culpabilidad para Welzel «es el poder en vez de ello del hecho en relación con su conducta antijurídica»[131]. Más adelante dirá

---

[126] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 39.

[127] Ibídem, p. 46.

[128] Ibídem, p. 59.

[129] Ibídem, p. 60.

[130] Ibídem, p. XVIII (prólogo).

[131] Loc. cit. Asimismo, cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés *et al.*, *Problemas capitales del moderno Derecho penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y en la dogmática penal del siglo XXI*, Jus Poenale, México D.F., 2004, p. 216.

de la culpabilidad «es reprochabilidad de la configuración de la voluntad [...] Solo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como voluntad»[132]. Aporte importante de Welzel es la idea de 'legalidad' según la cual las ocurrencias se dan en un determinado contexto ético social[133].

Otros autores finalistas alemanes importantes son: Reinhart Maurach (1902-1976), Armin Kaufmann (1922-1985), Hans Joachim Hirsch entre otros.

Entre los españoles tenemos a Fabio Suárez Montes, al gran maestro José Cerezo Mir, traductor de Welzel y a Juan Córdoba Roda, traductor de Maurach. Entre los argentinos destaca el profesor Edgardo A. Donna.

Entre los peruanos destacan básicamente Raúl Peña Cabrera, Luis M. Bramont Arias y Manuel A. Abanto Vásquez.

8. El posfinalismo político-criminal

Para Roxin, «la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por la finalidades del Derecho penal»[134]. La política criminal fundada por Franz von Liszt y venida a menos, recupera posición con ocasión del fin de la Segunda Guerra Mundial y la adopción de modelos políticos o inquietudes social demócratas o francamente marxistas.

Se aparta la dogmática de su encierro epistémico y se abre a la realidad social aunque interpretándola inicialmente según el prisma de la moda marxista.

Roxin señala que «se vieron conmovidos en la época nazi» y «se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales

---

[132] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 167.

[133] WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción de Felipe González Vicen, Aguilar, Madrid, 1971, p. 252.

[134] ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, cit., p. 203.

por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena»[135].

Claus Roxin reintroduce en Alemania la política criminal con ocasión del Proyecto Alternativo alemán de 1966[136] y plantea en general que la dogmática debe subordinarse a criterios de política criminal[137].

Desde la perspectiva de un funcionalismo moderado nos dice Roxin que cada categoría del delito debe ser tratado a la luz de los fines político criminales del Derecho y así para la tipicidad el criterio debe ser la solución de conflictos sociales y de garantía y para la culpabilidad la necesidad y propósitos de la pena.

Para Roxin, el fin del Derecho penal es la tutela de los bienes jurídicos[138]. Así nos dice Roxin que «la exigencia de que el Derecho penal solo puede proteger bienes jurídicos ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas»[139].

Estos bienes jurídicos en Roxin, aun cuando se advierte su dificultad por precisarlos, vienen prefijados por el Derecho mismo y la Constitución. Tal es el caso de 'bienes' como la vida, el patrimonio, etc.[140].

De estas propuestas se desprende en Roxin las siguientes consecuencias[141]. No protegen bienes jurídicos:

---

[135] Ibídem, p. 203.

[136] Proyecto Alternativo de Código Penal de 1966 (*Der alternativ-Entwurf eines strafgesetzbuches. Allgemeiner teil*), que fue presentado por los siguientes profesores alemanes: Jürgen Baumann, Anne-Eva Brauneck, Ernst-Walter Hanack, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Ernst-Joachim Lampe, Theodor Lenckner, Werner Maihofer, Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günter Stratenwerth y Walter Stree.

[137] ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 19.

[138] ROXIN, Claus, «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», traducción de Queralt Jiménez, en: *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. 84.

[139] Ibídem, p. 52.

[140] Loc. cit.

[141] ROXIN, «El desarrollo de la Política criminal desde el Proyecto Alternativo», cit., pp. 56 y 57.

- Las conminaciones penales arbitrarias
- Las finalidades ideológicas
- Las meras inmoralidades

En el campo punitivo sostiene Roxin la teoría unificadora preventiva de la pena y así nos informa que: «El punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena solo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales solo están justificadas cuando tiendan a la protección de la libertad individual y a un orden social que estén a su servicio»[142] y añade con contundencia que «de ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena»[143].

En cuanto las categorías del delito, de cara a criterios político-criminales, para Roxin *la acción* comprende o abarca la personalidad en su conjunto y manifestada; *el tipo* resume el criterio en la necesidad preventivo-general de la pena, motivadora de la conducta del ciudadano; *la antijuridicidad* es un concepto que involucra a todo el Derecho en su conjunto, no solo al Derecho penal; *la culpabilidad* es entendida por Roxin como enlazada a la responsabilidad de la que se explica la necesidad preventiva de la pena.

Otro aporte de Roxin y siempre desde una partida político-criminal es el que plantea límites a la pena en función de la culpabilidad, de modo que «el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológico social [el] más propicio para la restricción de la coerción penal estatal»[144].

Marc Ancel, en el Tercer Congreso de la Organización Internacional de Defensa Social, realizado en Amberes, en 1954, plantea desdeñar el tinte metafísico del Derecho penal[145], rechazando el libre

---

[142] Ibídem, p. 95.

[143] Loc. cit.

[144] ROXIN, «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», cit., p. 100.

[145] ANCEL, Marc, *La Défense Sociale Nouvelle*, 3ª ed, Cujas, Paris, 1981, p. 182.

albedrío y propiciando una nueva política criminal humanista, conectando el hecho delictivo con la realidad social e indagando los móviles en el autor, en procura todo ello de una mayor eficacia en las instituciones penales[146].

Plantea además Ancel, conjugar la defensa social con la rehabilitación del delincuente.

Brícola y Baratta, de la escuela de Bologna y fundadores de la revista «La Questione Criminale» plantean que «la ciencia jurídico-penal tiene tendencia a abandonar el esquema técnico jurídico dominante, en busca del análisis de la realidad social para controlar sus matices ideológicas y dogmáticas»[147].

Franco Brícola insiste en constitucionalizar con criterio garantista el Derecho penal, con metas a unificar la política y el Derecho[148].

Alessandro Baratta por su parte, intenta jaquear al Derecho penal desde puntos de vista crítico criminalista y marxista, señalando que la delincuencia es un proceso de estigmatización de ciertos individuos en la sociedad[149].

Baratta añade más adelante que el punto central no debe apurar una nueva dogmática jurídico-penal para enfrentar la criminalidad sino propiciar «una política de transformación social e institucional»[150].

Marino Barbero Santos lleva a España la corriente político-criminal del derecho penal, desde una posición bastante mesurada, pues en ella se sitúa al plantear que forman parte sin duda, de las causas de la criminalidad, las cuestiones de naturaleza socio-políticas, seña-

---

[146] Ibídem, p. 211.

[147] *La Questione Criminale,* Nº 1, 1975.

[148] BRICOLA, Franco, «Teoría generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano,* UTET, Torino, 1973, T. XIX, p. 12.

[149] BARATTA, Alessandro, «Criminología critica y política criminal alternativa», en: *Revue Internationale de Droit Pénal,* Nº 1, Paris, 1978, p. 46.

[150] BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal,* trad. de Álvaro Bunster, Siglo XXI, México, 1986, p. 203.

lando la relación dialéctica existente entre la constitución política de un Estado y su sistema punitivo[151].

Destaca Barbero Santos, que el principio de legalidad no puede ser sustituido y que implica garantías a los marginados en especial[152].

Enrique Gimbernat Ordeig, discípulo de Henkel, desde posiciones preventivo general, hace una seria y muy inteligente revisión de la teoría del delito, jaqueando la culpabilidad a partir de la indemostrabilidad del libre albedrío[153] y propone a su turno, el criterio de necesidad de la pena, asumiendo que la falta de culpabilidad implica falta de la necesidad de la pena[154].

Muñoz Conde, profesor de la Universidad de Sevilla, no se aparta de la culpabilidad y con un estilo más periférico fundamenta la culpabilidad en la motivación, siendo así que la capacidad de motivación determina la culpabilidad[155].

Santiago Mir Puig, siempre desde posiciones preventivo-generales, fundamenta el injusto en la voluntariedad de la conducta social que se intenta prevenir por el Derecho.

Es perseverante en Mir Puig, la tesis del Estado social y democrático de Derecho al cual se debe adecuar el Derecho penal moderno[156].

Es notable la influencia de Mir Puig en importantes autores españoles como Emilio Octavio de Toledo, José Gómez Benítez, Luis

---

(151) BARBERO SANTOS, Marino, *Política y Derecho penal en España*, Tucar, Madrid, 1977, p. 17.

(152) BARBERO SANTOS, Marino, *Marginación social y Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980, p. XVI.

(153) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en: *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 78.

(154) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 286.

(155) MUÑOZ CONDE, Francisco, «Culpabilidad y prevención», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 12 (1980), p. 54.

(156) MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pássim.

Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (rector de Salamanca), Juan Terradillos Basoco, Diego-Manuel Luzón Peña, José Ramón Serrano Piedecasas, Nicolás García Rivas y Juan Carlos Ferré Olivé.

Representan este movimiento entre otros Claus Roxin, W. Hassemer, Amelung en Alemania; Marc Ancel en Francia; Brícola y Baratta en Italia.

En España, la adoptan inicialmente Marino Barbero Santos, Enrique Gimbernat Ordeig, Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig. Más adelante, Emilio Octavio de Toledo, Gómez Benítez, Susana Huerta Tocildo, Luis Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Juan Terradillos, Luzón Peña, Ferré Olive, José Ramón Serrano Piedecasas, José María Escrivá, Mercedes García Arán y Gonzalo Quintero y, aunque venido de Chile, Juan Bustos Ramírez.

En el Perú, se orientan en este sentido, los hermanos Bramont Arias Torres, Víctor Prado Saldarriaga, Manuel Abanto Vásquez, José Urquizo Olaechea, Laura Zúñiga Rodríguez, Carlos Caro Coria y César Augusto Paredes Vargas, aunque este último muy cerca del funcionalismo moderado, José Luis Castillo Alva, Fidel Rojas Vargas, Julio Rodríguez Delgado, Felipe Villavicencio Terreros, Jorge Rodríguez Vélez, Iván Meini Méndez, Carlos Shikara Vásquez Shimabuko y Carlos Vásquez Boyer.

9. El funcionalismo avanzado

Por el influjo del estructural funcionalismo sociológico, principalmente norteamericano (Talcott Parsons y Robert Merton), se desarrolla el nuevo funcionalismo alemán con Niklas Luhmann como uno de sus más destacados representantes, a partir del cual la construcción de una dogmática jurídico-penal no puede pasar por alto que la sociedad 'funciona' como un sistema integrado, cuyos componentes particulares deben cooperar en su funcionamiento, a partir de sus particulares roles y expectativas en la sociedad.

Militan tímidamente en esta tienda y como precursores, W. Hassemer, con sus estudios del comportamiento desviado y su defini-

ción social[157], y K. Amelung, Naucke, Albrecht. En la línea moderada, Claus Roxin, del que ya dimos cuenta al situarlo en el modelo finalista político-criminal.

Hassemer, de la escuela de Frankfurt plantea en 1984 una crítica a la abstracción que hace el Derecho penal como ciencia de la realidad que viven los protagonistas de los casos que suscitan un desarrollo teórico y nos dice que «no resulta evidente ni plausible a primera vista que el Derecho penal, tan cuidadosamente elaborado y construido, conozca tan poco el objeto de que se ocupa, que posea tantos conocimientos sobre sus instrumentos de aplicación y, sin embargo, que apenas, posea alguno sobre el objeto al que tales instrumentos se aplican»[158]. Concluye el profesor alemán, que por lo demás lo es de Derecho lo mismo que de sociología en la Universidad de Frankfurt, que «el sistema del Derecho penal se abra respecto de las ciencias empíricas, que los penalistas trabajen con hipótesis o resultados empíricos»[159].

En una obra más reciente Hassemer nos propone que un Derecho penal moderno «prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica; que se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias y es más favorable, por tanto, a una concepción teórica preventiva que retributiva»[160].

Las características del Derecho penal moderno analizará son: «La protección de bienes jurídicos, la idea de prevención y la orientación a las consecuencias»[161].

---

[157] HASSEMER, Winfried, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg, 1974, p. 68.

[158] HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 33.

[159] HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, cit., p. 40.

[160] HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 16.

[161] HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, cit., p. 22.

Estas características, sin embargo, tienen un contenido distanciado del que tienen en el Derecho penal clásico pero en su esencia no hace sino radicarlo veamos: el concepto de bien jurídico «se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones crimin alizadoras»[162].

Dicho de otra forma, predetermino o conozco como valioso un bien jurídico (v. gr., por contemplarlo la Constitución) y creo el tipo penal o regula la pena.

El concepto de prevención en el Derecho penal moderno es «paradigma penal dominante»[163] y no un proyecto adicional del Derecho penal como ocurría en el modelo clásico. La severidad de las penas en conjunción con un criterio premial es elocuente al respecto.

En cuanto a la llamada «orientación a las consecuencias»[164], el Derecho penal moderno, siempre, siguiendo a Hassemer, asume un papel socio educativo para la comunidad en que opera este Derecho.

Los peligros que advierte Hassemer y otros representantes de la «Escuela de Frankfurt» (Naucke y Albrecht), es que instrumentalizado de esta forma el Derecho penal en ámbitos como el del medio ambiente, economía, procesamiento de datos, drogas, impuestos, comercio exterior, se sacrifica garantías esenciales del Estado de Derecho[165]. Su propuesta entonces importa controlar la expansión del Derecho penal reduciéndolo a un derecho nuclear vinculado al bien jurídico desde una perspectiva personal[166].

A su turno, Naucke del mismo modo propone «sacrificar si fuera necesario la prevención por un Derecho penal ajustado a Dere-

---

(162) Loc. cit.

(163) HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, cit., p. 24.

(164) Ibídem, p. 25.

(165) HASSEMER, Winfried, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, pp. 378 y ss.

(166) SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones criticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal alemana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 18.

cho»[167]. Añade más contundentemente que «la ley penal es un imperativo categórico»[168].

En el mismo sentido y por el mismo motivo se pronuncia P.A. Albrecht planteando «alejar al Derecho penal de sus pretensiones preventivas», si no se quiere quebrar el Derecho penal, este debe mantenerse replegado al margen del control preventivo general que se le está atribuyendo[169]. El Derecho penal es intervención de la política populista.

En opinión del autor es obvio que la escuela de Frankfurt sacrifica peligrosamente, la prevención y el aseguramiento futuro que de ella deriva y fetichiza el Estado de Derecho. Al respecto destaca la prudencia crítica de Stratenwerth quien de la escuela de Frankfurt dice «que haya que renunciar a la pena, que es la sanción más dura que conoce nuestro Derecho, precisamente donde están en juego intereses vitales no solo de los individuos, sino de la humanidad en su totalidad, es algo inadmisible»[170].

Knut Amelung (1972) parte de la importancia de prevenir funcionalmente el daño social que produce el delito, mediante la conminación penal de modo que al proteger a la persona individualmente considerada se proteja a la sociedad[171].

Toma decidida postura por el funcionalismo el gran maestro de Bonn, Günther Jakobs (n. 1937), quien plantea la relación funcional entre la sociedad y la dogmática jurídico-penal, la cual debe ser

---

[167] NAUCKE, Wolfgang, «Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht», en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 1993, pp. 135, 158.

[168] NAUCKE, Wolfgang, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en: ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), *La insostenible situación del Derecho penal. Estudios de Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. 487.

[169] ALBRECHT, Peter-Alexis, «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.), *La insostenible situación del Derecho penal. Estudios de Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. 533.

[170] STRATENWERTH, Günter, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?», en *ZStW* 105 (1993), p. 685.

[171] AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972, p. 389.

refundamentada, de cara a salvaguardar el sistema social mediante la estabilidad de la norma penal.

Propugna Jakobs su teoría de prevención general positiva y la necesidad de vigencia segura de la norma[172], lo mismo que nuevos criterios jurídicos de imputación objetiva.

No obstante ser discípulo de Welzel, a quien sucede luego de Armin Kaufmann, en la dirección del Instituto de Filosofía del Derecho en la Universidad de Bonn, Jakobs recusa toda esencialidad prejurídica o lógico-abstracta a los componentes del delito como sujetos, culpabilidad y los subordina permanentemente a la misión del Derecho penal, o en todo caso vincula dialécticamente entre sí esta misión del Derecho y los elementos del delito normativizándolos. Con razón Peñaranda y otros afirman que: en lugar de la dogmática ontologicista de Welzel, «Jakobs propugna una renormativización de los conceptos jurídico-penales con el propósito de orientarlos en la función que cumple el Derecho penal»[173].

En el prólogo de abril de 1991 de la segunda edición a su tratado, traducido al español por Joaquín Cuello Contreras, profesor de Extremadura, en 1995, Jakobs persiste cuando afirma que «el mando conceptual jurídico-penal, ha de originarse con arreglo a la misión social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad»[174].

Para Jakobs la acción, no es una entidad natural en el sentido del causalismo de Liszt, ni en el ontológico de Welzel, sino un concepto básicamente social o más exactamente jurídico social[175] y así la acción «es acusación del resultado individualmente evitable»[176].

---

[172] JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 9.

[173] PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 17.

[174] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. VIII.

[175] Ibídem, p. 78.

[176] Loc. cit.

El tipo de injusto es el comportamiento no tolerable, salvo justificación. La justificación versa conductas socialmente no anómalas y aceptables.

La antijuridicidad es vista por Jakobs como unitaria desde el ámbito del orden jurídico y las causas de justificación[177].

Jakobs entiende la culpabilidad no como la renuencia del infractor a adecuarse al Derecho, sino como un significado de prevención general[178]. Respecto de la pena nos dice Jakobs en su tratado que «el contenido y la función de la pena no se pueden configurar con independencia de la existencia del orden en el que se pune ni de la comprensión de su sentido»[179].

De este modo Jakobs sugiere que el contenido y función de la pena dependerá del escenario en que le cabe operar, y ese escenario se compone del momento histórico, lo mismo que de la territorialidad concreta. Así habrá sociedades y momentos que requerirán penas severas y rápidas o en su lugar, penas leves que no «emboten la sensibilidad ante la violencia»[180].

Sin embargo, lo característico de la pena en Jakobs es que «siempre en reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable de haber infringido la norma»[181].

Para Jakobs las normas y las consecuencias jurídicas a su transgresión orientan al ciudadano y se corresponden en el mundo social de contactos interpersonales, a las regularidades de la naturaleza que orientan a los seres vivos en general. La pena como consecuencia

---

[177] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 423.

[178] Cfr. JAKOBS, «Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», en: *ZStW* 101 (1989), p. 530.

[179] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 8.

[180] Loc. cit.

[181] Loc. cit.

jurídica por transgredir la norma jurídica de convivencia se asimila a la *poena naturalis* que sufre el trasgresor de las normas vitales o simplemente sociales.

Jakobs resume el punto de lo que puede denominar su teoría de la prevención general positiva de la siguiente manera: «Misión de la pena es el mantenimiento de las normas como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma»[182].

La importancia funcional de la pena, dentro de su teoría de la prevención positiva, radica en que «la pena grava, de manera clara, el comportamiento que se imputa con una consecuencia penal, e incrementa la posibilidad de que dicho comportamiento sea en general aprendido como una alternativa de comportamiento inaceptable; la desvalorización de la alternativa puede ser tan evidente que conduzca a su total desplazamiento en cuanto alternativa vivencial. Esto es prevención general no en sentido intimidatorio sino como ejercicio en la fidelidad del Derecho»[183].

Las críticas a la propuesta jakobsiana no se hicieron esperar, siendo el contenido y origen epistémicos de estas críticas altamente previsibles. Alessandro Baratta, el profesor de Bologna, siempre desde una postura crítica marxista en un trabajo ya obsoleto por la tesis implícita lo mismo que por el transcurso del tiempo ataca el modelo, de conservador, tecnocrático y autoritario, «funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal y (promotora) de la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes»[184]. El derroche verbal de Baratta apunta a

---

[182] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 14.

[183] JAKOBS, Günther, «Culpabilidad y prevención», en *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 79.

[184] BARATTA, Alessandro, «Integración, prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 24 (1984), pp. 533 y ss., citado por PEÑARANDA RAMOS *et al.*, en *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 22 y 23.

cuestionar que se privilegie en Jakobs la prevención general en detrimento del modelo resocializador.

En Alemania, Schünemann señala del método jakobsiano que «conduce en última instancia al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas decisiones son tomadas de modo puramente decisionista»[185].

Como no podía ocurrir de otro modo, en España, Santiago Mir Puig en un trabajo suyo ya contestado por la historia, y llevado de la mano por Baratta, a quien le es particularmente atento, además de hacer suya las críticas del profesor italiano agrega que «entre las críticas internas cabe destacar la de que quede sin explicar por qué la estabilización de expectativas ha de tener lugar por medio de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalentes»[186]. Nada dice, sin embargo, el catedrático de Barcelona qué entiende por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalentes, y no explica además cómo conciliar en su caso y sin saltar a la nada, la propuesta implícita, de una alternativa funcionalmente equivalente, con su propuesta según la cual el «respeto a la autonomía moral del individuo se opone a utilizar la prevención general positiva como fundamentadora de la intervención jurídico-penal»[187].

Silva Sánchez, profesor de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, siguiendo en este punto a Mir Puig y a Cobo del Rosal y Vives Antón[188], critica en Jakobs su propuesta según la cual no constituye fin del Derecho penal la tutela de los bienes jurídicos, lo que implicaría saltar la estacada garantista limitativa del *ius puniendi* en que consistiría precisamente el bien jurídico.

---

(185) SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico- penal alemana*, cit., p. 46.

(186) MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 138.

(187) Loc. cit.

(188) COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 253.

En el Perú, Caro Coria en un bien documentado artículo rechaza el funcionalismo jakobsiano a partir de los mismos argumentos prejurídicos e ideológicos de sus fuentes. Le preocupa así la posición de Jakobs frente el bien jurídico, pues entiende que político criminalmente, el bien jurídico cumple una función crítica del sistema «como descripción y cuestionamiento del derecho vigente, pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar»[189].

Añadir respecto del sistema de Jakobs, lo que del mismo dice Roxin en su tratado de Derecho penal (1983) «se trata del más audaz y más consecuente esbozo de un sistema puramente teleológico existente hasta la fecha. Con ello, Jakobs no solo ha elaborado [...] la evolución dogmática de los últimos veinte años. Su amplia obra sorprende al lector también con tal avalancha de reflexiones originales que en cierto modo anticipa ya los próximos treinta años [...]»[190].

En España siguen a Jakobs, su discípulo y traductores Manuel Cancio Meliá, Carlos Suárez González y Enrique Peñaranda Ramos.

En Argentina, siguen a Jakobs críticamente Marcelo Sancinetti y Patricia Ziffer. En Colombia, Claudia López Díaz.

En el Perú, Percy García Cavero, José Leandro Reaño Peschiera, José Antonio Caro John, Julio Mazuelos Coello y Javier Villa Stein.

---

[189] CARO CORIA, Carlos, «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs», en *Themis*, Nº 35, Lima, 1997, p. 139.

[190] Citado por PEÑARANDA RAMOS *et al.*, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», cit., p. 69.

Capítulo III
HISTORIA DEL DERECHO PENAL PERUANO

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho penal precolombino. III. Derecho penal incaico. IV. Derecho penal colonial (Indiano). V. El derecho penal prerepublicano. VI. Derecho penal republicano. 1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre. 2. Código Penal de Santa Cruz para la Confederación Peruano Boliviana. 3. Código Penal de 1863. 4. Código Penal de 1924. 5. Proyecto Cornejo-Jiménez de 1928.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, el sistema punitivo se remonta a las culturas precolombinas, y con ello hablamos de 10,000 años. Al sistema punitivo incaico, posterior al precolombino, se le conoce 'de oídas' y de ello han sabido dar cuenta los cronistas españoles venidos con la conquista, período en que España impone su modelo cultural y con él, el derecho indiano que afinca en esta como en otras tierras americanas por cerca de 300 años de transculturización.

Las Leyes de Indias (1680) como se le llamó al Derecho español aplicado para tierra americana, dan cuenta de las siete partidas, la nueva recopilación, los del estío, las de la novísima recopilación y las del fuero real y se les concilia con el consuetudo de estas tierras, por haberlo así dispuesto el virrey Toledo en ordenanza confirmada por el Rey de España.

La influencia del derecho indiano perdura en realidad hasta entrado el s. XIX, pues pervive en diversas instituciones de la post-independencia (1821), como derecho colonial.

Con motivo de la independencia surge tímidamente un derecho republicano cuyo punto de partida surge con el proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo Vidaurre de 1828.

Luego tenemos el Código Penal de Santa Cruz para la Confederación Peruano-Boliviana, de 1836, el Código Penal de 1863, el de 1924 que da paso al vigente de 1991.

II. DERECHO PENAL PRECOLOMBINO

El Perú precolombino cobija una cultura milenaria y autónoma que desarrollaron sus instituciones en el medio natural a lo largo de 10,000 años de historia. Culturas como Nazca, Paracas, Tiahuanaco, Chimú, Mochica, Vicus, Sipán, Chavín, entre otras, carentes de escritura, no dejaron testimonio explícito del eventual derecho punitivo que pudieran haber tenido. Así cronistas como Montesinos, Castro y Ortega Morejos, y Guamán Poma de Ayala son las fuentes más próximas pero no son muchos los datos que 'de oídas' han recogido al respecto.

III. DERECHO PENAL INCAICO

Es con posterioridad, en la cultura Inca –el llamado Imperio Incaico– que el derecho punitivo se construye como instrumento normativo objetivo y se le conoce merced a cronistas como Sarmiento de Gamboa, Cieza de León, Cristóbal de Molino y Garcilaso de la Vega: gracias a ellos se sabe que este derecho incaico disponía de jueces, justiciables y penas[191].

La notable historiadora peruana Ella Dunbar Temple[192] describe las siguientes notas distintivas del proceso evolutivo del Derecho penal inca:

---

[191] PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, Grijley, Lima, 1995, T. I, p. 166.

a. Estadio de la venganza de sangre, de carácter talional propio del momento primario.

b. Estadio de la composición, de carácter compensatorio del daño causado.

c. Estadio incaico con intervención estatal.

El profesor sanmarquino Luis Valcárcel, explica sobre la supremacía del Inca como juez, y de los curacas en ausencia de aquel, y del juzgamiento en un solo acto, seguido de la ejecución inmediata de la sentencia[193].

El cronista Fernando de Santillán detectó la ausencia de proporcionalidad entre la lesión a lo que podrían ser los bienes jurídicos y la pena, y que el sistema punitivo variaba de caso en caso[194].

Dice el cronista Cieza de León que «de tal manera entendían los incas en proveer justicia que ninguno osaba hacer desaguisado ni hurto»[195] de donde se desprende el carácter preventivo general de su sistema punitivo[196].

En el mismo sentido el registro de Garcilaso de la Vega: «porque de ejecutarse la pena de la ley con tanta severidad y de amar los hombres naturalmente la vida y aborrecer la muerte, venían a aborrecer el delito»[197], lo que además de informarnos de la existencia de la pena de muerte, nos informa de un contenido dialéctico en el sistema.

---

[192] Citada por PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 166.

[193] VALCÁRCEL, Luis, *Historia del Perú antiguo*, Publicación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1964, p. 637.

[194] SANTILLÁN, Fernando de, «Relación de origen, descendencia, política y gobierno de los Incas», en: *Tres relaciones de antigüedades peruanas*, Editorial Guarani, Asunción, 1927, p. 51.

[195] CIEZA DE LEÓN, Pedro, *Del señorío de los Incas*, Argentinas Solar, Lima, 1943, p. 147.

[196] Cfr. VARGAS, Javier, *Historia del Derecho peruano. Parte general y Derecho incaico*, Universidad de Lima, 1993, p. 196.

[197] INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Comentarios Reales de los Incas*, Emecé, Buenos Aires, 1945, p. 269.

En el derecho inca se tomaba en cuenta la edad del infractor para imponerle la pena, y tratándose de menores, los padres recibían un cupo de la responsabilidad «por no haber adoctrinado a su hijo desde la niñez»[198].

Más allá de los cronistas no existen fuentes serias que nos informen de modo organizado sobre la naturaleza del derecho inca. Basta decir que se trataba de un derecho casuístico, primitivo, directo y consuetudinario no correspondiente su institución con la actitud del Derecho penal, aunque se quiera insistir patéticamente en ello[199].

IV. DERECHO PENAL COLONIAL (INDIANO)

El Derecho indiano está conformado por el conjunto de normas contenidas en las cédulas reales, provisiones, cédulas pragmáticas, instrucciones, ordenanzas, bandos, dictadas desde el paradigma jurídico castellano por los monarcas españoles, consejo de indias o por un representante en los territorios conquistados de los llamados indios occidentales, para ser aplicadas exclusivamente en sus territorios. Supletoriamente se aplicó el llamado derecho castellano[200], dado que la peculiaridad geográfica, social y cultural de los territorios americanos no permitía la rigidez del derecho castellano peninsular de entonces. «Se tuvieron que dictar normas jurídicas nuevas para hacer frente a situaciones de hechos desconocidos hasta entonces, así nació el Derecho propiamente indiano, que pronto alcanzó frondosidad extraordinaria, y que en muchos as-

[198] Loc. cit.

[199] Los alcances que sobre el punto hace PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 170, son excesivos a nuestro criterio (nota del autor).

[200] Es importante aclarar que en el periodo del descubrimiento, España no estaba unida y no obstante la unión por casamiento del reino de Castilla (Isabel La Católica) con el de Aragón (Fernando de Aragón), los reinos mantenían sus propios ordenamientos, autoridades y jurisdicciones. Siendo así, el hecho de que fuera Isabel La Católica la auspiciadora del descubrimiento de América, determinó que los territorios descubiertos se incorporen política y jurídicamente al reino de Castilla (nota del autor).

pectos de la vida social, económica y jurídica desplazó a un segundo plano al Derecho castellano tradicional»[201].

Así las cosas, se dispuso desde España que las normas de aplicación a los territorios descubiertos fueran la que dictase la ley, la Casa de Contratación de Sevilla, el Real y Supremo Consejo de Indios y las autoridades coloniales.

Sin embargo, de lo que precede la índole casuística del orden jurídico indiano, hizo que en la práctica el derecho castellano tuviera una notable influencia en una variedad de campos de la vida social y jurídica de las indias occidentales.

Así Carlos II, en la Ley 2, Título 1, Libro II de la recopilación de leyes de los reinos de las indias dispuso que «en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta recopilación, o ver cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las indias, y las que por nuestro orden se despachasen, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla conforme a la de Toro»[202].

Se puede decir del derecho indiano y sus fuentes con el maestro navarro Joaquín Salcedo Izu que «se proyecta sobre el continente descubierto para la monarquía española por Cristóbal Colón un derecho que se va formando lentamente sobre la base del derecho castellano y con alguna influencia de los ordenamientos no formulados indígenas»[203].

Del derecho castellano añade el citado maestro que «se aplicó como supletorio»[204] [...] en defecto de normas generales o particulares así como de costumbre aplicada al caso, se acudía al ordenamiento

---

[201] OTS CAPDEQUÍ, José María, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1968, p. 42.

[202] Ibídem, p. 43.

[203] SALCEDO IZU, Joaquín, *Apuntes de sistemas de fuentes histórico jurídicas españolas*, Zaragoza, 1984, p. 101.

[204] Loc. cit.

castellano»[205]. Los Reyes Católicos en el segundo viaje de Colón decretan: «La administración de justicia idéntica a la de la patria»[206].

Veamos brevemente sus cuerpos constitutivos:

El Fuero Juzgo o *liber judiciorum,* pues aquel es una adaptación romanceada de este[207]. Solo sus Libros 6, 7, 8 y 9 son materia penal.

LIBRO VI

De los malfechos é de las penas é de los tormentos

I. Título.- De los que acusan los fafechores.

II. De los fafechores, é de los que conseyan, é de los que dan yerbas.

III. De los que toyen é las mujeres que no hayan parto.

IV. De las largas de los homines.

LIBRO VII

De los furtos é de los engannos

I. Título.- De los descubrimientos de los furtos.

II. De los ladrones é de los furtes.

III. De los que prenden los homnes por fuerza é que los venden en otra parte

IV. De la guarda y el juicio de los justiciados.

V. De los que falsan los escriptos.

VI. De los que falsan los metales.

---

[205] SALCEDO IZU, *Apuntes de sistemas de fuentes histórico jurídicas españolas*, cit., p. 106.

[206] SCHÄTER, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de India*, Imprenta Carmona, Sevilla, 1935.

[207] SALCEDO IZU, Joaquín, *Apuntes de sistemas de fuentes histórico jurídicas españolas*, cit., p. 87.

LIBRO VIII

De las fuerzas é de los dammos é de los quebrantamientos

I. Título.- De los cometedores é de los forzadores

II. De las quemas y de los quemadores

III. De los dammos «de los árboles é de los huertos é de las mieses é de las otras cosas».

IV. Del dammo que face el ganado é de las otras animalias.

V. De los puercos que pasen é de los animalias que andan erradas.

VI. De las abeyas y del dammo que facen.

LIBRO IX

De los siervos foidos é de los que se forman

I. Título.- De los fuidores é de los ascondedores é de los que muestran é dan carrera para fuir.

II. De los no que van en la hueste é de los que fuyen de ella.

III. De los que fuyen a la eglesia.

El Fuero Real, Código de Alfonso X, se redactó entre 1249 y 1255, consta de cuatro libros y comprende materias de Derecho civil y penal, «relacionadas con el Fuero Real se encuentran las leyes nuevas (s. XIII) y las leyes de estilo (s. XIV). Se llaman leyes nuevas a una breve compilación de disposiciones aclaratorias del Fuero Real»[208].

Las partidas de Alfonso el sabio escritas en Murcia entre 1256 a 1265 por los juristas Jakobo, Fernando Martínez de Zamora y el maestro Roldan, son siete, siendo precisamente la séptima la que trata y regula los asuntos penales. Veamos el siguiente texto en el que aparece esta séptima partida, el fin retributivo de la pena y del preventivo.

[208] Ibídem, p. 89.

«Fon dos cofas que fazen a los omes errar mucho. Ca el olvido los aduze, que non fe acuerden, del mal que les puede venir por el yerro, que fizieren, é el atrevimiento les da afadia, para acometer lo que non deven, e defta guifa ufan el mal demanera quefe les forma como en natura refibiendo en ello plazer. E por que tales fechos como eftos que fefazen con fober via, deven fer efcarmentados crudamente porque los fazedores refciban la pena que merefcen, elos que lo oyeren fe afpanten, e tomen ende efcarmiento, porque fe guarde de fazer cofa, porque non refciban otro tal»[209].

De lo que se entiende por acusación: Partida VII - Lex 1

«Propiamente en dicha acufacio profacamiento que un ome faze a otro ate el judgador afrótado lo de alju yerro q dize que fizo al acufado e pidiendol q le faga veganza del... E demas los otros omes q lo oyere, guardarfe ha defpues fazer cofas por q pueda fer acufados»[210].

De quienes pueden acuzar: Partida VII - Lex 2

Acufar puede todo ome q no es defendido por la leyes de nuestro libro. E aqllos que no pueden acufar fon eftos: la muger e el mozo que es menor de catorze años, e el alcalde, o otro adelantado que tenga oficio de justicia, aquel que es dado por de mala fama, nim aquel que le fueffe provado que dixeffe falfo testimonio, o que refcibiera dinero.

Se suceden así las sucesivas leyes y títulos:

- Título dos de las traiciones
- Título tres de las rieptos
- Título cuatro de los enfamados

---

[209] VII Partida de Alfonso EL SABIO, *Las siete partidas*, glosadas por el licenciado Gregorio López, Salamanca, Andrea de Porxonalis, 555, Tomos V, VI, VII.

[210] *Las partidas - Lex 1.*

- Título cinco de las penas
- Título siete de la falsedad

Y así sucesivamente hablará de los robos, de los daños, de los adúlteros, de la lujuria, de los herejes, de los presos, etc.

El Ordenamiento de Alcalá de 1348 establece un orden de prelación en la aplicación de las normas jurídicas y así:

1. El ordenamiento de Alcalá
2. Los fueros municipales, (se trataba de un derecho escrito y de vigencia local)[211].
3. Las partidas

Las Leyes de Toro de 1503, sumaban 83 leyes y 52 advertencias, promulgadas en la ciudad castellana de Toro, por sus cortes bajo el respaldo de Juana la Loca. Las leyes 77, 78, 79, 80, 81, 82 y 83 son de materia penal[212].

Respecto de la recopilación de las leyes de indias decir lo que sigue:

El derecho propiamente indiano, llamado 'criollo' como sugiere Alfonso García Gallo[213], y acepta el descubridor[214] de la recopilación de las Leyes de India y profesor de la Universidad de Navarra Ismael Sánchez Bella, se refería a la promulgada para América y Fili-

---

[211] SÁNCHEZ, Galo, *Curso de historia del Derecho. Introducción y fuentes*, 10ª ed., Valladolid, 1932, p. 95.

[212] NOLASCO DE LLANO, Pedro, *Compendio de los comentarios extendido por el maestro Antonio Gómez a los ochentitres leyes de Toro*, Imprenta Joseph Doblado, Madrid, 1785.

[213] GARCÍA GALLO, Alfonso, *Estudios de historia del Derecho indiano*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972, p. 83.

[214] El hallazgo en 1986 de la *Recopilación de Indias* de León Pinelo, corresponde a Ismael Sánchez Bella, quien los halló entre los papeles del Consejo de Indias, Obispo Palafox, quien había sido designado por el Consejo de Indias para que revisara el proyecto de León Pinelo, en la sección Ariza - Ángeles del archivo del marquezado de Ariza, del archivo particular de Juan de Palafox, incorporado al del Duque del infantado de la actual sección «Nueva España» de la Biblioteca de Madrid (nota del autor).

pinas. Se hizo por funcionarios de la monarquía española «siguiendo muchas veces la pauta del derecho castellano»[215].

La legislación existente en indias bajo el reinado de Felipe II, el Rey prudente, comprendía[216]:

1. Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571 de Obando.
2. Ordenanzas de 1577 para nuevos descubrimientos.
3. Ordenanzas generales para audiencias de 1563 y 1565.
4. Ordenanzas para flotas, armadas y contrabando.

Las colecciones legislativas son cuatro:

1. El Cedulario de Vasco de Puga (1563).
2. La Copulata de Leyes de Indias (1570).
3. Proyecto de Código de Juan Obando (1570).
4. El Cedulario de Diego de Encinas (1596).

La recopilación propiamente[217] cuenta con 2,729 folios, 282 índices y con un total de 7,308 leyes.

En lo que al material jurídico penal se refiere, ello obra de la siguiente manera[218]:

LIBRO IV

Título 11. De los capitanes oficiales y soldados de los presidios.

Título 12. Del conocimiento de las causas de los soldados y presidios.

Título 15. De los fuegos y delito.

---

[215] GARCÍA GALLO, *Estudios de historia del Derecho indiano*, cit., p. 83.

[216] SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Derecho indiano. Estudio II. Fuentes: literatura jurídica. Derecho Público*, Colección Jurídica, Pamplona, 1991, p. 29.

[217] *Recopilación de leyes de los Reyes de las Indias*: «mandados imprimir y publicar por la majestad católica del Rey Carlos II, nuestro señor». Va dividido en cuatro tomos, fue publicado en Madrid por Julián de Paredes en 1681.

[218] SÁNCHEZ BELLA, *Derecho indiano. Estudio II. Fuentes: Literatura Jurídica. Derecho Público*, cit., pp. 55 y ss.

LIBRO VII

Título 6. De las cárceles y carceleros

Título 8. De los delitos y Penas.

La recopilación de las Leyes de Indias estuvo a cargo del sanmarquino Antonio de León Pinelo (1593 - 1660, hijo de judíos portugueses, jurista, bibliógrafo y cosmógrafo).

Los españoles entonces, con su derecho, imponen su cultura, religión, política y economía, provisionando con el transcurso del tiempo, una sociedad dual no integrada o en todo caso primariamente integrada[219].

Con las Leyes de Indias llega también la doctrina jurídica implícita, la de Salamanca y Alcalá, el tomismo, la justicia retributiva[220].

Nos dice García Gallo que «La Universidad de Salamanca y la mayor de San Marcos de Lima cumplen importante papel en la creación del derecho indiano. De sus aulas salen consejeros de indios entre los que destacan Juan López de Palacios Rubio, Lorenzo Calindez, Juan Rodríguez Fonseca, Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria, Juan de Obando»[221].

V. EL DERECHO PENAL PREREPUBLICANO

El primer código peruano data de 1635 de Gaspar Escalona y Agüero dividido en 4 libros:

- Privilegial
- Espiritual
- Personal
- Patrimonial

---

[219] En contra BRAVO BRESANI, Jorge, *Perú actual (sociedad y política)*, UNAM, México, 1970, p. 105, quien prefiere hablar de colonialismo interno.

[220] QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, citado por HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddili, Lima, 1987, p. 104.

[221] GARCIA GALLO, Alfonso, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho indiano*, Madrid, 1987, pp. 66, 81.

Las disposiciones penales se encuentran en el libro Privilegial y así en el privilegio 6 se regula lo concerniente a delitos cometidos contra los indios en donde se castigaban aun con mayor rigor que si se hubiera cometido contra españoles[222].

VI. DERECHO PENAL REPUBLICANO

Instaurada la República peruana el 28 de julio de 1821, conviven el espíritu libertario de raigambre francés e inglés, con la esclavitud, la estructura socioeconómica y el aparato jurídico colonial.

En este marco, la construcción de un Derecho penal peruano (criollo) resulta una ficción pues aun cuando la elaboración jurídica correspondiera a criollos cultos peruanos, estos eran producto de la educación europea, y la sociedad que el derecho propuesto por ellos pretendía regular, estaba radicalmente escindida.

1. Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre

Vidaurre, ex oidor de la Audiencia del Cusco (1811) y siendo presidente de la Corte Suprema de la República[223], publica en la ciudad norteamericana de Boston, en 1828, su proyecto de Código Penal[224] –Código Criminal– en el que se deja notar la influencia de notables europeos como: Montesquieu (1689-1755), César Beccaria (1738-1794); Gaetano Filangieri (1752-1788); Hugo Grocio (1583-1645); Manuel de Lordizábal (1739-1820); Samuel Pufendorf (1632-1694); John Locke (1632-1704); J.J. Rousseau (1712-1778); Jeremías Bentham (1748-1832), entre otros pensadores y juristas de la época.

El proyecto Vidaurre, el primero en América, comprende dos partes: una primera general y teórica, y la segunda, conteniendo los tipos

---

[222] MANZANO MANZANO, Juan, *Historia de la recopilación de Indias*, Cultura Hispánica, Madrid, 1951, T. II, p. 193.

[223] Véase LEGUÍA, Guillermo/LORENZO VIDAURRE, Jorge Manuel, *Contribución a un ensayo de interpretación sociológica*, La Voce d'Italia, Lima, 1935.

[224] Anteriormente, en Cuba había publicado parcialmente su trabajo (nota del autor). El proyecto Vidaurre fue publicado por la editora Hiram Tupper, en Boston en 1828.

penales o principios de derecho que dejan ver un criterio represivo y al propio tiempo preventivo. Sus penas son draconianas y acaso insólitas.

Son aspectos distintivos del proyecto los siguientes:

- El delito es un daño causado con conocimiento.
- El fin de la pena es el resarcimiento del mal causado.
- El fin de la pena es además, preventivo.
- La pena debe ser proporcional al delito.
- El fin de la legislación penal es evitar nuevos crímenes.
- Las penas sugeridas eran: la infamia, expatriación, confiscación, trabajos públicos, azotes, multa. Así, el caso de deponer a una autoridad competente acarreaba trabajo público; los que se hacen justicia sin acudir al juez le aplicaban la ley del talión; los seguidores de un tirano o traidor, sufrirán expatriación perpetua; el peculado se castigaba con pérdida del empleo y la restitución; el parricida además de trabajo público perpetuo, usaría como pena una gorra que lo señale; la conyugicida obligaba a la autora limpiar hospitales portando una nota que la señalaba como pérfida o adúltera; el conyugicida trabajaría en el panteón, portando, colgada al pecho, la calavera del difunto, etc.

Veamos algunos artículos ('acsiomas') de su proyecto[225]:

ACSIOMA SEXTO

Las penas deben ser proporcionadas al delito, y deducirse en cuanto sea posible de su misma naturaleza.

- Corol.1. Toda pena improporcionada es injusta.
- Corol.2. Toda pena que no tiene relación absoluta con el delito es inútil.

---

[225] PALOMINO MANCHEGO, José F., «Estudio preliminar», en: RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Hacia una nueva concepción de la pena*, Grijley, Lima, 1997, pp. 15 y ss.

ACSIOMA SÉPTIMO

El fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero.

- Corol.1. El principal fin de la legislación será evitar los medios de que se cometan los crímenes.
- Corol.2. Se procurará resarcir el mal con la pena por todos los medios posibles.
- Corol.3. Se evitarán las penas que pueden o deben aumentar los males.
- Corol.4. Hacer que las penas sean ciertas.
- Corol.5. Ninguno tendrá potestad de remitir las penas.
- Corol.6. Las penas deberán ser acompañadas de los signos que hagan mayor impresión en la sociedad.
- Corol.7. Las penas deberán ser prontas, y seguidas al delito: tardar la satisfacción es no satisfacer completamente.
- Corol.8. Ninguno deberá satisfacer por otro.

ACSIOMA OCTAVO

El delito es producido por el placer, la pena debe tener su fundamento en el dolor.

- Corol.1. El dolor de la pena debe escender en algo al placer del delito: la igualdad haría el acto indiferente.
- Corol.2. El dolor causado á la sociedad general, á la parcial, o al privado será resarcido por el dolor que sufre el delincuente.
- Corol.3. No siendo la sensibilidad igual en todos los individuos, se debe medir esta por las calidades del delincuente y del ofendido para imponer la pena.- Me parece aristocrático.
- Corol.4. Para no hacer indefinido el grado de pena, se deben atender las calidades comunes, de edad, secso, ilustración, educación, ocupación, religión y clase.

ACSIOMA NONO

El delito puede ser cometido por un solo individuo o por muchos.

- Corol.1. En razón de la concurrencia será la gravedad del delito y su pena.
- Corol.2. Una pena igual a todos los cómplices seria improporcionada é injusta.
- Corol.3. Una pena igual haría que todos concurriesen al acto supremo.

ACSIOMA DECIMO

Cuando en un delito pueden unirse otros la pena debe ser la que corresponde al más grave.

Corol. único. La imposición de la pena más grave al delito menor, haría con indiferencia cometer el más grave»

El proyecto de Vidaurre según él mismo reconoce en una carta suya del 2 de septiembre de 1928, en el que adjunta su proyecto a Chile, tuvo como antecedente el Código francés de 1810 y se apartó expresamente de los aportes legislativos españoles (Código Penal español de 1822), por razones obvias.

2. Código Penal de Santa Cruz para la Confederación Peruano Boliviana

Inspirado en el Código Penal español de 1822, que entra en vigencia el 13 de octubre de 1836, normó el territorio surperuano a instancias de Santa Cruz. Quedó derogado en 1838.

3. Código Penal de 1863

Se trata del primer Código Penal propiamente peruano, inspirado en el Código español de 1848-50, que a su vez imita al Código brasileño de 1830, de influencia italiana y francesa.

Tres comisiones parlamentarias preceden este Código:

Primera Comisión (1853).- Formada por cinco diputados y tres Senadores con el encargo de preparar el Proyecto de Código Penal, estuvo integrada por:

Senadores: – Servancio Álvarez
– Pablo Cárdenas
– Santiago Távara

Diputados: – Carlos Pacheco
– Mariano Gómez Farfán
– Manuel Toribio Ureta
– Ignacio Novoa
– Gregorio Galdos

Segunda Comisión (1856).- Se trató de una comisión revisora del proyecto que en 1855, propuso la primera comisión. Presidió esta segunda comisión don José Simeón Tejada. Se contempló la pena capital.

Tercera Comisión (1861).- Se trató de otra comisión revisora y estuvo integrada por:

Senadores – Manuel Macado
– José Silva Santisteban
– Juan de la C. Lizárraga

Diputados – José María Pérez
– Epifanio Serpa
– Isaac Suero
– Evaristo Gómez Sánchez

Este proyecto es el que se aprueba y deviene desde el 1 de mayo de 1863, en el Código Penal dividido en tres libros: Libro 1. Parte general, Libro 2. Catálogo de delitos y penas; Libro 3. Faltas.

Vigente el código, aparece el debate y los movimientos de reforma así como diversas comisiones (1871, 1873, 1877 y 1900)[226].

Publicistas importantes comentaron el código como Ricardo Heredia y José Silva Santisteban, siguiendo el primero de ellos las enseñanzas del autor español Francisco Pacheco y el segundo siguiendo a Ahrens y Roeder[227] y con ellos el iusnaturalismo alemán que liderara Krause.

Posteriormente, publicistas como Manuel Vicente Villarán, Juan Bautista Lavalle, Javier Prado Ugarteche y Oscar Miró Quesada[228], siempre con ocasión del Código de 1863, combaten el enfoque iusnaturalista desde posiciones positivistas.

4. Código Penal de 1924

Promulgado el 10 de enero de 1924, entra en vigencia el 29 de julio de ese mismo año.

Basado en los proyectos suizos de 1915, 1916 y 1918, el Código italiano de 1889, el Código argentino de 1921, el uruguayo de 1889 y el proyecto de Código Penal sueco de 1918, su factura se puede decir que es básicamente helvético.

A cargo de su proyección estuvo el diplomático e internacionalista Dr. Víctor M. Maúrtua, desde que en 1915 se dicta la ley que crea la comisión reformadora del código penal que él preside hasta 1916 en que presenta el proyecto.

En 1921, se nombra otra comisión a la que más tarde se reincorpora Víctor Maúrtua, la que proyectó el código definitivo.

El Código Penal de 1924, consta de cuatro libros:

---

[226] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 109.

[227] Loc. cit.

[228] MIRO QUESADA, Oscar, *Breves apuntes de mesología criminal peruana*, Lima, 1922, pássim.

Libro Primero: disposiciones generales; Libro Segundo: comprendía los delitos de la parte especial; Libro Tercero: contenía las faltas; Libro Cuarto: disposición concerniente a la vigencia y aplicación del Código Penal.

Hurtado Pozo nos dice del Código Maúrtua «que es ecléctico en su contenido y que la recepción de legislaciones extranjeras realizadas al ser elaborado es, igualmente de naturaleza pluralista o ecléctico»[229].

Peña Cabrera[230] señala como las disposiciones más importantes del Código de 1924 las siguientes:

1. Incorporación del tema relativo a la condición de culpabilidad.
2. Presencia de atenuante.
3. Orientación político-criminal.
4. Cuidado especial para con los menores de edad.
5. Un perfeccionamiento del régimen penitenciario.
6. Se adopta la noción de reincidencia.

En cuanto al substrato epistémico es obvio que el Código Penal de 1924 tiene influencia positivista y causalista.

5. Proyecto Cornejo-Jiménez de 1928[231]

Tan pronto promulgado el Código Maúrtua, se intenta su reforma, para lo cual se forma una comisión propuesta por los legisladores Ángel Gustavo Cornejo y Plácido Jiménez, con el único encargo de revisar el Código de 1924. Ocurre que los citados legisladores ex-

[229] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 113.

[230] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 179.

[231] Amplia información en PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., pp. 180, 181, 182.

ceden su cometido proponiendo un proyecto (el de 1927) muy criticado por su marcado casuismo, y lo poco sistemático. Lo corrigen y publican el proyecto de 1928 que no se convirtió en código.

Capítulo IV
EL DERECHO PENAL

SUMARIO: I. El derecho penal como instrumento del control social. **II.** Derecho penal objetivo y subjetivo. 1. Derecho penal objetivo (*ius poenale*). 2. Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*). **III.** Función del derecho penal. 1. Función ético-social. 2. Función simbólica. 3. Función psicosocial. **IV.** Límites. 1. Límites político-constitucionales. 2. Límites legales. a. Principio de legalidad. b. Principio de la no admisibilidad de la analogía. c. Principio de lesividad. d. Principio de jurisdiccionalidad. e. Principio de ejecución legal de la pena. f. Principio de culpabilidad. g. Principio de proporcionalidad. h. Principio de la predeterminación de la función de la pena. **V.** Teorías de la pena. 1. Teorías absolutas. 2. Teorías relativas. a. Prevención especial. b. Prevención general. 3. Teorías unitarias. 4. La pena como confirmación de la realidad de las normas. **VI.** Las medidas de seguridad.

I. EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DEL CONTROL SOCIAL

Las sociedades modernas debidamente organizadas deben ser capaces de asegurar (garantizar) a sus ciudadanos las condiciones suficientes para su realización personal como hombres libres, creadores de su propio destino en un medio histórico-social idóneo para ese propósito. La idoneidad del medio pasa primero por su legitimidad democrática que supone un ordenamiento constitucional superior a cuyas reglas quedan sometidos todos los integrantes institucionales e individuales del agregado social.

En segundo término, la idoneidad del medio pasa por la creación y tenencia de sistemas eficaces de control social informales como la familia, las instituciones educativas, religiosas, profesionales, y has-

ta los grupos políticos y económicos de poder, que además y casi siempre resultan siendo fines en sí mismos, pues son factores de realización personal. A estos hay que añadirles los sistemas de control social formal, como los normativos estatales que no siendo un fin en sí mismo, cumplen una función ordenadora, facilitadora de las interacciones múltiples y diversas de la sociedad. Dentro de estos sistemas de control social formal tenemos el Derecho civil, el Derecho administrativo y todos los otros derechos que coadyuvan a la vida social, como el Derecho penal naturalmente.

El Derecho penal pues es un instrumento formalizado de control social[232].

Es un derecho de advertencia y condiciones de castigo, pues su catálogo de delitos y penas tiene ese carácter: avisa al ciudadano qué comportamientos no se toleran pues se reputan de atentatorios para la indemnidad de los bienes jurídicos que la comunidad estima en grado sumo y de la norma que los tutela.

Su diferencia con los otros y variados instrumentos de control social no radica como pretende Bacigalupo en que «tienen por medio la sanción o el castigo o por la fundamentación más racional de la misma»[233], pues en otros instrumentos de control social pueden, y de hecho ocurre, apelar al castigo también y fundamentarlo con igual o más racionalidad[234]. Lo verdaderamente diferenciador del Derecho penal, de los otros recursos de control social es:

- La predeterminación de su intervención.
- Las garantías que se otorgan al infractor.
- La magnitud, naturaleza y legitimidad de las penas y medidas de seguridad.

---

[232] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 5.

[233] BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Akal, Madrid, 1994, p. 9.

[234] Pensemos en la familia culta que apela al castigo como contingencia funcional aversiva para el control conductual del menor, valiéndose para ello de la psicología conductual contemporánea (nota del autor).

El Derecho penal entonces es –o debe ser– un recurso severo del Estado para mantener (imponer) el orden democrático y constitucionalmente elegido como el deseado por los ciudadanos, de suerte de impedir las acciones desestabilizadoras o perturbadoras[235].

La formulación del sistema punitivo de control, asegura a los ciudadanos que su intervención no será arbitraria, inopinada, coyuntural o subjetiva[236].

El Derecho penal, sin embargo, como instrumento formalizado o institucionalizado de control social, cumple una función disciplinaria, su índole es violenta y «es el instrumento jurídico más enérgico del que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables socialmente»[237].

II. DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO

El Derecho penal tiene dos aspectos o contenidos:

- El que consiste o contiene el conjunto de normas penales: *ius poenale.*
- El que trata lo concerniente al derecho o facultad de castigar que tiene el Estado: *el ius puniendi.*

1. Derecho penal objetivo (*ius poenale*)

Desde un punto de vista objetivo el Derecho penal se constituye como un conjunto de normas jurídicas de carácter general que establecen condiciones y principios de intervención punitiva del Estado y de carácter especial que establece las conductas que, por

---

[235] PARSONS, Talcott, «Recht und sociale Kontrolle», en HIRSCH, Ernst E. y REHBINDER, Manfred (edits.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie,* Nº 28, Köln, 1967, p. 121.

[236] HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal,* Bosch, Barcelona, 1989, p. 401.

[237] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al., Lecciones de Derecho penal. Parte general,* Praxis, Barcelona, 1996, p. 1.

desvaloradas, están prohibidas y a las que, de operarse, se las castigará con una pena o se las controlará con una medida de seguridad, como consecuencia jurídica necesaria.

Este Derecho es llamado por Roxin «Derecho penal material» precisamente porque se ocupa de la «materia» de la justicia penal[238].

Hace un siglo, Franz von Liszt nos decía del Derecho penal que era «el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia»[239]. No toma en cuenta su definición, lo concerniente a las medidas de seguridad.

Para Welzel, «el Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad»[240].

El maestro español Luis Jiménez de Asúa define al Derecho penal como «Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora»[241].

Para el profesor argentino Bacigalupo, el Derecho penal se caracteriza por ser «un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas[242].

El profesor colombiano Fernández Carrasquilla dice del Derecho penal que «es el conjunto de normas de derecho positivo que

---

[238] ROXIN, *Derecho penal. Parte general. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 44.

[239] VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1914, T. I, p. 5.

[240] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 1.

[241] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 33.

[242] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 11.

regulan la materia de los delitos y de las penas en cierta comunidad y en cierto tiempo»[243].

Para Maurach, «el Derecho penal es aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito»[244].

Santiago Mir Puig define el Derecho penal objetivo como «el conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica»[245].

Para Diego Manuel Luzón Peña, «el Derecho penal es una rama, parcela o sector del Derecho u ordenamiento jurídico general; concretamente, el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencia jurídicas más importante, penas o medidas de seguridad»[246].

Para Cerezo Mir «el Derecho penal, es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante en la moderna ciencia del Derecho penal, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos»[247] [248].

---

[243] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Concepto y límites del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1994, p. 19.

[244] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 11.

[245] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 11.

[246] LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 48.

[247] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 13.

[248] Günther Jakobs, el funcionalista alemán de la Escuela de Bonn se distancia de esta posición dominante, pues para él el fin del derecho penal no es la tutela de los bienes jurídicos, sino 1estabilizar el derecho. Véase JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 44.

Más parcamente, Jescheck nos dice del Derecho penal que determina qué infracción del orden social son delitos, y como consecuencia jurídica del delito señala las penas[249] y añade con la doctrina dominante «que la misión del Derecho penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad [...]»[250] y agrega que «el Derecho penal tiene la misión de proteger los bienes jurídicos»[251].

Para Roxin, el Derecho penal se subordina a criterios de política criminal, es decir, que es el legislador quien debe determinar la materia.

2. Derecho penal subjetivo (*ius puniendi*)

Esta categoría se refiere al derecho de castigar que posee el Estado.

Bustos Ramírez define el *ius puniendi* como «la potestad penal del Estado de declarar punible determinados hechos a las que impone penas o medidas de seguridad»[252].

Bacigalupo estima, a partir de criterios de legitimación constitucional, que el *ius puniendi* «es el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado»[253].

Velásquez conceptúa el *ius puniendi* como «la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud de la cual esta, revestido de su poderío o imperio, declara punible determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la convivencia comunitaria y les impone penas y/o medidas de seguridad a título de consecuencia jurídica»[254].

---

[249] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 8.

[250] Ibídem, p. 1.

[251] Ibídem, p. 6.

[252] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 39.

[253] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 16.

[254] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1995, p. 28.

La potestad de castigar en las sociedades modernas corresponde al Estado quien de esta forma confirma su soberanía dentro de los límites de su propia y democrática constitución, la dignidad del ciudadano y la norma penal que legaliza y condiciona el castigo, pues el Estado solo puede punir conforme el catálogo de delito y penas que promulga el legislador»[255].

Creemos nosotros que el *ius puniendi* responde originariamente al modelo del 'pacto social'[256] según el cual los ciudadanos entregan al Estado la facultad de predeterminar los injustos en atención a la importancia de los bienes jurídicos, y la facultad de castigar si se dan los supuestos previstos en la ley.

Cobo del Rosal y Anton Vives, definen el *ius puniendi* como «la potestad atribuida a determinado órgano del Estado para imponer las penas y medidas de seguridad determinadas en las leyes cuando concurran los presupuestos establecidos en ellas»[257].

El *ius puniendi* entonces, antes que un imperativismo autoritario resulta siendo «expresión de un acuerdo democrático tomado en uso de las facultades conferidas por la ciudadanía y que está dirigido a todos bajo amenaza de sanción»[258].

No obstante y por influencia de las ideologías anarquistas y marxistas se ha pretendido deslegitimar al estado en su función punitiva. Militan en esta orientación, como no, los abolicionistas abiertos o encubiertos parapetados idealistamente tras la criminología crítica o tras un Derecho penal politizado del que hoy se secan irremediablemente. Diego Manuel Luzón Peña, profesor de Alcalá de Henares lo dice a su modo: «Sin entrar a fondo en el

---

[255] Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, p. 11.

[256] Cfr. CRASSO, *Diritto penale. Parte generale. Il principio nullum crimen sine legge nella Constituzione Italiana*, 1972, p. 2.

[257] COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 54.

[258] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 9.

análisis crítico de estas posturas, cabe apuntar por una parte la falta de realismo y el fracaso histórico de las posiciones anarquistas y marxistas radicales [...]. En cualquier caso, lo que fundamenta el recurso al Derecho penal es solamente su ineludible necesidad, para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos»[259].

III. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal como instrumento de control cumple diversas funciones, entre las que destacan según Jesús-María Silva Sánchez[260]: la función ético-social, la función simbólica y, la función psico-social.

1. Función ético-social

Cumpliría el Derecho penal una función formadora de los patrones comportamentales de la sociedad pues, aun cuando el Derecho penal y moral son cosas distintas, qué duda cabe que de todas formas recoge o contiene un mínimo ético compuesto de lo que en una comunidad son valores universales y fundamentales.

El Derecho penal propicia la internalización de sus normas, las que informan de conductas desvaloradas que pueden acarrear un 'estigma' del que el ciudadano busca apartarse so pena de sufrirlo. Ya en este solo hecho los valores de 'honradez', 'probidad' se oponen a las realizaciones conductuales contenidos en los tipos penales, lo que determina por oposición, el 'paradigma' de cuidadano esperado, condición que premia y refuerza la comunidad.

Visto de esta forma, el Derecho penal cumpliría una función educativa[261]. El caso más revelado de los propósitos pedagógicos de

---

[259] LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, cit., pp. 78-79.

[260] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 300 y ss.

[261] Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción al Derecho Penal y a la Criminología*, cit., pp. 100 y ss.

las normas penales lo tenemos en la tipificación de los delitos fiscales o ecológicos[262].

2. Función simbólica

Llamada también función «retórica», procura antes que la específica instrumental meta de proteger los bienes jurídicos, fomentar la «producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido»[263].

La función simbólica, produce un «efecto placebo» que a la postre hace al Derecho perder fiabilidad y trocarlo inútil a la finalidad de tutelar los bienes jurídicos, por lo que «puede considerarse ya, que las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del ordenamiento jurídico»[264].

Por nuestra parte, rechazamos un Derecho penal placebo, por considerarlo contradictorio con su naturaleza de *ultima ratio* y de su índole supuestamente devastadora, intimidatoria y preventiva.

No olvidemos además lo que dice Cesare Beccaria: «Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad». La cita de la que venimos no por antigua deja de tener vigencia, tanto que la psicología conductual norteamericana contemporánea, en lo que a estímulos aversivos para el control de conductas desadaptativas se refiere, establece que una de las cualidades que deben de tener estos estímulos es que, además de contingentes, sean ciertos (inevitables) e inmediatos.

Al respecto opina Mantovani que «de la eficacia preventiva general de la sanción penal se enumeran concretamente su certeza, su infalibilidad y su prontitud, requisitos que, después de haber sido señalados por Beccaria, fueron redescubiertos y puntualizados por la doctrina moderna, pues muy a menudo han sido olvidados, inclusive en nuestro país»[265].

---

[262] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 302.

[263] Ibídem, p. 305.

[264] Loc. cit.

[265] MANTOVANI, Fernando, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Padua, 1992, p. 56.

3. Función psicosocial

Alude esta función al papel de 'satisfactor' de las motivaciones sociales que debe cumplir el Derecho penal. Un canalizador del encono colectivo.

En efecto, la sociedad agraviada reclama sanción. El instinto de venganza, aun siendo bajo, es eso: instintivo. Existe el instinto de venganza en una medida tal que debe ser aplacado y reconducido por el funcionamiento ecuánime pero severo del Derecho penal, con lo que, de paso, se maneja la violencia social. Ferrajoli sostiene v.gr. que el Derecho «ha de ser primariamente mínimo necesario para evitar, la violencia social informal, concepto este en el que se cuentan ante todo las posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos por un delincuente o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ellos»[(266)].

IV. LÍMITES

1. Límites político-constitucionales

El Derecho penal dentro del ordenamiento jurídico del país se subordina a la Constitución Política del Estado, de modo que su contenido formal y material tiene ese marco que podemos llamar con Larenz «decisiones de valor y principios propiamente dados en la Constitución en la totalidad del orden jurídico»[(267)].

El artículo 1º de la Constitución peruana de 1993, plantea que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y le reconoce los derechos fundamentales.

El artículo 43º de la Carta Fundamental nos define al Estado como uno democrático de Derecho, además de social, independien-

---

(266) FERRAJOLI, Luigi, «Derecho penal mínimo», en *Poder y control*, Nº 0, Barcelona, 1986, p. 37.

(267) LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Gil Cremades, Ariel, Barcelona, 1994, p. 222.

te y soberano, organizado según el principio de la separación de poderes, lo que correspondiéndose con lo que establece el artículo 58º y siguientes hasta el artículo 65º del mismo cuerpo magno de leyes que trata del régimen económico libre, implica un modelo liberal y democrático de Derecho.

Con arreglo a estas y otras muy ricas y variadas notas distintivas de carácter constitucional, el Derecho penal debe estructurarse y fundamentarse pues, como dice Jakobs, la legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado[268].

En efecto, el derecho de castigar (*ius puniendi*) que tiene el Estado queda limitado antes que nada por su legitimación democrática que hace que toda ley penal –única fuente de Derecho penal– debe tener origen legislativo (democrático) y responder a verdaderas necesidades sociales (Estado social) de tutelar los bienes jurídicos que la sociedad en su conjunto estima valiosos: '*nulle lex poenalis sine necessitate*'[269].

No creemos sin embargo, que el concepto de Estado social tenga que asimilarse al de uno intervencionista «modificador de las efectivas relaciones sociales», como pretende Mir Puig[270] y con ello proponer un Derecho penal politizado tanto en su vertiente político-criminal como en el dogmático, en aras de un antitecnocratismo jurídico sociologizante y supuestamente crítico.

El mismo Mir Puig reconoce el punto cuando dice en su reciente *Derecho penal. Parte general* que, «la tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios»[271] y concluye, capitulando sin duda y aunque no lo quiera, en lo que llama una formulación sintética –«Estado social y democráti-

---

[268] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 44.

[269] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 93.

[270] MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 32.

[271] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 64.

co de derecho»– con un contenido pretendidamente conciliador de proposiciones y modelos antagónicos. Veamos: «en cuanto al Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y solo en la medida– de lo necesario.

«Para aquella protección, ello ya constituye un límite de la prevención»[272]. No nos dice Mir a qué llama «protección efectiva de los ciudadanos», ni nada del *quantum* de la «medida de la prevención», aunque insista en que la «misión de prevención» se dé «solo en la medida». Por lo visto, la frase y la formulación lo satisface y lo reconcilia con las propuestas suyas de obras iniciales.

Veamos qué dice del siguiente aspecto de su formulación sintética: «En cuanto Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte heredera de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzado por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal»[273].

Un breve análisis de la propuesta sintética que nos propone Mir Puig, nos informa entonces que el Estado social le atribuye al derecho penal una función de prevención limitada por la eficacia –'efectividad'– en la protección de los ciudadanos, «según el principio de máxima utilidad posible»[274].

En cambio, el Estado liberal y democrático de Derecho que propugnamos y al que responde además la Constitución Política del Perú, más coherentemente, exige el máximo de garantismo en materia penal, dado que este se torna verdaderamente severo y eficaz en salvaguarda de los bienes jurídicos penales, por lo que resulta particularmente necesario consagrar los siguientes axiomas o principios punitivo-garantistas:

– Principio de contingencia de la pena respecto del delito.

---

[272] Loc. cit.

[273] Loc. cit.

[274] Loc. cit.

- Principio de legalidad.
- Principio de necesidad.
- Principio de lesividad.
- Principio de objetividad del acto lesivo.
- Principio de culpabilidad.

Todos estos principios y otros más se integran en los llamados límites legales.

2. Límites legales

El Código peruano formaliza en el a rtículo I de su Título Preliminar, el objeto de la ley penal diciendo que:

> «***Artículo I.***- *Este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de sociedad*».

El criterio rector del Código Penal peruano es el de tutelar a las personas, a la comunidad, al régimen liberal y democrático de derecho.

La predeterminación de delitos y faltas en el catálogo persigue advertir a los ciudadanos qué bienes están particular y seriamente protegidos por el orden jurídico y cuáles serían las consecuencias de su puesta en peligro o lesión.

El Derecho penal resulta así siendo un derecho de advertencia en orden a prevenir y evitar, por desvalorada, la realización de las conductas descritas en los tipos penales, con el propósito de hacer viable la vida en común, pues de lo contrario el caos, la violencia intergrupal y la venganza por mano propia en un imperio del más fuerte haría imposible la vida social[275].

El Código Penal peruano además, recoge en su Título Preliminar, los siguientes principios garantistas que sirven de límite legal al Derecho penal:

---

[275] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 155.

- Principio de legalidad (artículo II).
- Principio de no admisibilidad de la analogía (artículo III).
- Principio de lesividad (artículo IV).
- Principio de jurisdiccionalidad (artículo V).
- Principio de ejecución legal de la pena (artículo VI).
- Principio de culpabilidad (artículo VII).
- Principio de proporcionalidad (artículo VIII).
- Principio de la predeterminación de la función de la pena (artículo IX).

a. Principio de legalidad

Conocido también como axioma de corta legalidad o de mera legalidad[276], o como principio de la reserva de ley penal, por virtud del cual solo la ley –ni el juez ni autoridad alguna–[277] determina qué conducta es delictiva. «Una interpretación orientada no a la pureza de las ideas sino a la eficacia práctica de la norma, ha de tener en cuenta desde el principio el siguiente contexto: exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo cualquier práctica legislativa o interpretativa –no utópica– [...]. Por eso, el uso de la libertad de acción sin peligro de resultar castigado solo es posible si se da la determinación previa de lo punible, y solo se garantiza la seguridad ante la arbitrariedad –sobre todo judicial– cuando la determinación previa tiene lugar en consonancia con lo razonable o la voluntad general»[278].

Acierta José Urquizo Olaechea cuando afirma que «El principio de legalidad es, pues, un medio racional de lograr la seguridad

---

[276] FERRAJOLI, «Derecho penal mínimo», cit., p. 35.

[277] Cfr. BELING, Ernst von, «Il significado del principio nulla poena sine legge poenali nella determinatione dei concetti fundamentali de diritto penale», en: *Giustizia penale. Parte prima* (1931), p. 319.

[278] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 79.

jurídica que evita que el sistema punitivo se desborda creando formas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de las personas, la sociedad o el Estado»[279] y añade a propósito de su fundamentación político-criminal que «el rostro del principio de legalidad es uno humanitario, de controles y de perfiles democráticos»[280]. Proponiendo el profesor citado, como criterio rector tres fundamentos del principio de legalidad: fundamento político de raigambre democrática y sobre la base de división de poderes; fundamento axiológico basado en la seguridad jurídica; y fundamento preventivo general[281].

Contenido en el apotegma latinizado *nullum crimen nulla poena sine lege*, debemos el principio a Anselmo von Feuerbach, quien advertía a propósito de sus formulaciones sobre las teorías de las penas que, «las transgresiones se impiden si cada ciudadano conoce de antemano las consecuencias de su acción pues (...) la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazado por una ley»[282].

El origen remoto de la propuesta la tenemos en Beccaria.

El principio de legalidad tiene entonces dos proposiciones limitantes: a) No hay delito si la ley no lo prevé de manera clara y; b) no hay pena posible si la ley no lo declara.

El artículo II del Título Preliminar del Código Penal peruano dice:

> «***Artículo II***.- *Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella*».

---

[279] URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de legalidad*, Grafica Horizonte, Lima, 2000, p. 18.

[280] Ibídem, p. 27.

[281] Ibídem, pp. 28 y ss.

[282] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe den positiven peinlichen Recht*, 1799, T. I, p. 49; ÍDEM, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Se recoge plenamente en este artículo, el principio bajo estudio y concuerda plenamente con el artículo 2º, inciso 24, del acápite d de la Constitución Política que dice que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista por la ley.

El principio de legalidad obliga al legislador a precisar el contenido de sus leyes penales pues estas deben propiciar certeza.

Consecuencia inmediata del principio de legalidad son:

- La ley penal es la única fuente del Derecho penal.
- La ley penal es irretroactiva.
- No cabe la analogía en materia penal.

b. Principio de la no admisibilidad de la analogía

En correspondencia y como consecuencia del principio de legalidad, la analogía en materia penal no se admite. El principio bajo comentario, lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Penal que dice:

> «***Artículo III***.- *No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde*».

La ley penal tiene que ser *certa* y *stricta* no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos.

Este principio garantiza al ciudadano un máximo de seguridad jurídica, pues se tendrá que estar básicamente a la interpretación literal de la norma penal.

El principio que estudiamos compele al legislador a redactar pulcramente tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos por estar proscritos en el ámbito penal.

Hay un amplio y mayoritario sector de la doctrina que aboga por la proscripción de la analogía *in malam partem*, cuando a partir de ella se alcanzaría nuevos ámbitos de punibilidad, permitiéndola '*in bonam partem*', cuando de ella derivan por el contrario ámbitos de exclusión de la punibilidad.

Un sector selecto de la doctrina jurídico-penal (Cuello Calón y Quintano Ripollés) [283] no reconoce validez a la analogía '*in bonam partem*'.

El artículo III del Título Preliminar del Código Penal peruano proscribe la analogía *in malam partem.*

c. Principio de lesividad

El punto de partida de un Derecho penal moderno es el 'bien jurídico', definido como aquella entidad objetivamente valiosa para la satisfacción de las necesidades físicas, psicológicas y sociales de los humanos y sus colectividades organizadas.

Claus Roxin desde una perspectiva constitucionalista dinámica define el bien jurídico como «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema» [284].

El bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal debe ser lesionado o puesto en peligro para que, conforme el principio de lesividad, el Derecho penal intervenga. No es suficiente entonces con que exista oposición entre la conducta y la norma penal, es necesario la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concreto cuya protección le ha sido encargada al catálogo de la parte especial del código pues *nullum crimen sine iniuria.*

Un derivado natural de este principio es el de la irrestricta libertad de ideas, las que no pueden ser prohibidas en caso alguno. No se

---

[283] CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona, 1976, T. I, p. 56.

[284] ROXIN, *Derecho penal. Parte general. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 56.

pune el pensamiento. No se pune ni tan siquiera los actos preparatorios de delitos salvo que de suyo ya pongan en peligro el bien jurídico[285], como ocurre con el complot.

El artículo IV del Título Preliminar recoge el principio de lesividad o de ofensividad y dice:

> «***Artículo IV***.- *La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*».

Es fundamental entonces el desvalor del resultado antes que el de la acción.

Es distante la posición de Welzel al respecto, pues su caso es el de sobredimensionar la vertiente ético-subjetiva del Derecho penal al entender que los bienes jurídicos se protegen indirectamente «a través de la protección de los valores ético-sociales de la acción»[286].

La noción de bien jurídico que manejamos comprende las cosas lo mismo que los sistemas sociales y económicos que la Constitución Política establece y cuyo funcionamiento debe estar asegurado o protegido de los actos disfuncionales que lo lesionan[287].

Es de advertir la valiosa tesis de Jakobs al respecto cuando dice que, «un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende en este contexto en sentido amplio, comprendiendo no solo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica»[288].

El bien jurídico como objeto de tutela por la ley penal sirve:

- De garantía al ciudadano de que solo será penada la conducta que lo lesione o ponga en peligro.

---

[285] Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 247.

[286] WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, cit., pp. 12 y 16.

[287] Cfr. AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 310.

[288] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 50.

- De garantía al ciudadano de que los tipos penales se establecerán con ese límite.
- De *ratio legis* pues su precisión facilita la interpretación de la ley penal, ya que el bien jurídico está en la base del tipo[289].

d. Principio de jurisdiccionalidad

El principio de legalidad se materializa cuando en el plano procesal solo se acepta que las penas o medidas de seguridad sean impuestas por jueces y conforme a ley.

El apotegma que recoge el instituto que describimos es el de *nulla poena sine iuditio legale.*

La Constitución Política del Perú, en el inciso 3 de su artículo 139º, consagra el principio del 'debido proceso y la tutela jurisdiccional' que recoge el artículo V del Título Preliminar del Código Penal que reza:

> «***Artículo V.***- *Solo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley*».

e. Principio de ejecución legal de la pena

Este principio lo recoge el artículo VI del Título Preliminar que reza:

> «***Artículo VI.***- *No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente*».

La pena debe ejecutarse conforme a ley, no admitiéndose modalidades ejecutivas distintas de los que ella prevé. Se prohíbe la tortura y los tratos inhumanos.

---

[289] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 351.

f. Principio de culpabilidad

Es garantía del Derecho penal que se repriman solo conductas infractoras de la norma y no personalidades, creencias, valores, intereses, actitudes, modos de vida, o resultados producidos, con independencia de comportamiento responsable alguno.

Dice el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que:

> «***Artículo VII.-*** *La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*».

Recoge el artículo citado el apotegma *nulla poena sine culpa* y con él, el principio según el cual es la culpabilidad del autor el límite y medida de la pena.

No cabe, conforme el principio que nos ocupa, imponer una pena que no se corresponde con la verdadera responsabilidad del agente.

Las consecuencias del principio de culpabilidad son:

1. El padecimiento de la pena es personalísimo. No cabe responder por acto ajeno.
2. La pena se corresponde con la acción infractora de la norma y no con la personalidad del agente o su forma de vivir. A esto se le denomina Derecho penal de acto y no de autor. Se comprende solo las acciones externas e intersubjetivas del hombre[290] pues *poenam cogitationes nemo patitur.*

   El criterio del autor de estas líneas, es que el Derecho penal de acto implica que el sistema punitivo se active solo a partir y como consecuencia de la comisión, quedando intacto, precisado y comprobado el acto, la referencia al autor tanto para lo que le favorece cuanto para lo que le perjudica. Consideramos esta posición más realista que la que pretende marginar al autor impostando una ceguera social y jurídica que

(290) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, Temis, Bogotá, 1985, T. II, p. 20.

no existe, dado que el Derecho penal trata con ciudadanos libres, y no con humanoides autómatas.

3. Solo se admite la culpabilidad dolosa o culposa, esta última cuando lo prevé la ley. No cabe responder por caso fortuito.

   Respecto de la proscripción de la responsabilidad objetiva, se quiere decir que no cabe responder por el resultado conforme el viejo postulado *versari in re illicita etiam casus imputatur* de vigencia civilista y administrativa.

   En el ámbito penal y conforme un derecho penal de acto o de hecho[291], en los términos ya expuestos, es inaceptable penas por 'responsabilidad objetiva', pues solo son admisibles las que se imponen como consecuencia de acciones voluntarias en atención a criterios de responsabilidad subjetiva pues «la responsabilidad objetiva, por el contrario, se contenta con la realización física de la conducta o la causación material del resultado, sin tener en cuenta para nada la participación de la voluntad personal en el hecho y su configuración concreta»[292].

g. Principio de proporcionalidad

Este principio informa sobre el equilibrio y prudencia que debe existir entre la magnitud del hecho y la pena que le debe corresponder al autor.

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal dice:

> *«**Artículo VIII**.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes».*

Se trata de una prohibición legal al exceso en la punición de conductas y es un derivado del principio de intervención mínima necesaria[293].

---

[291] BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistemas. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 25.

[292] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 66.

[293] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 59.

La proporcionalidad debe fijar el punto en que la pena sea necesaria y suficiente a la culpabilidad del autor aunque con sujeción a la importancia de la norma protectora, lo mismo que a la magnitud del daño, no teniendo cabida criterios de retribución talional o de venganza.

Cosa diferente ocurre con la medida de seguridad que según el artículo VIII que comentamos debe aquilatarse en función de los intereses públicos predominantes, dentro de ellos los individuales del actor irresponsable lo mismo que los de la comunidad.

h. Principio de la predeterminación de la función de la pena

El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal anticipa la función de la pena no pudiendo variar por contingencias políticas o de otra índole. Dice el artículo en mención lo siguiente:

> «***Artículo IX.***- *La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación*».

La ley, entonces, precisa que la función de la pena no es otra cosa que la de prevenir nuevos injustos por ser suficientemente aleccionadora al infractor (prevención especial) o por serlo vicaria u observacionalmente para los demás ciudadanos (prevención general); la de proteger a la sociedad y sus bienes jurídicos; y resocializar, al infractor (prevención especial) reintegrándolo a la sociedad.

Las medidas de seguridad no tienen finalidad distinta que los que fija la ley: curar, tutelar y rehabilitar.

La pena objetivamente es la consecuencia violenta que el Estado impone al infractor de la norma. Como institución, la pena da origen, nombre y fundamento a todo el Derecho penal, pues sin ella todo el orden jurídico, dejando de ser coactivo, pierde eficacia[294] y acaso la misma sociedad puede ver amenazada su existencia[295].

---

[294] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 90.

[295] MAURACH et al., *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 63.

Para Jakobs, «la pena es siempre reacción ante la infracción de la norma, mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observase la norma, y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable de haber infringido la norma»[296].

V. TEORÍAS DE LA PENA

1. Teorías absolutas

Estas teorías parten de Hegel para quien la pena es la retribución natural a quien ha delinquido pues dialécticamente opera como la negación de la negación del Derecho[297] y entonces la pena resulta restauradora del orden jurídico.

Para los seguidores de esta escuela, la pena aparece como algo totalmente racional y más bien es el delito el que resulta una contradicción irracional.

Además de Hegel, destaca en el grupo de los teóricos absolutos de la pena Immanuel Kant[298] para quien la pena es una exigencia racional o «imperativo» categórico de retribuir la culpabilidad del autor negándole fines preventivos o de otra índole a la pena.

Hay naturalmente componente talional en estas teorías y es por ello que se habla de teorías de la expiación[299].

Binding dice que la pena «es la retribución de mal con mal»[300]. Para Mezger, la pena se adecua a la gravedad del hecho cometido contra el orden jurídico[301]. Welzel, plantea dentro del mismo orden de ideas que «cada quien sufra lo que sus hechos valen»[302].

---

[296] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 8.

[297] HEGEL, Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ullstein, Frankfurt, 1972, p. 90.

[298] KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten, II parte*, 1797.

[299] PACKER, Herbert, *Limiti della sanzione penale*, Giufré, Milán, 1978, p. 37.

[300] BINDING, Karl, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner teil*, Scientia, Leipzig, 1975, p. 288.

[301] MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlín, 1949, p. 483.

[302] WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, cit., p. 326.

2. Teorías relativas

El meollo de las teorías relativas es que la pena se impone persiguiendo determinado fin. La pena persigue un fin útil al infractor y a la sociedad.

La finalidad de la pena será de prevención individual o especial, cuando apunta a persuadir al infractor real a que se inhiba de seguir por el curso del delito.

Será prevención general, cuando la pena intimida a la generalidad de ciudadanos a fin de que se inhiban de iniciar el curso delictivo de modo que su potencialidad delictiva no se actualice.

Desarrollando a profundidad tenemos.

a. Prevención especial

El objeto de la pena para la teoría de la prevención especial es el de evitar que el agente concreto de un delito no lo vuelva a cometer en el futuro.

La teoría de la prevención especial se remite en sus orígenes a Platón[303] y Protágoras. Así, recordando a Protágoras decía Platón «*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ned peccetur*» (Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no peque). Pero es a partir de finales del s. XIX que cobra particular importancia.

El correccionalismo del español Dorado Montero concibe un «derecho protector de los criminales». El positivismo criminológico italiano desarrolla ampliamente el concepto de prevención especial al punto de pretender sustituir las penas por las medidas de seguridad.

Es con Franz von Liszt que la concepción preventivo-especial alcanza su punto culminante. En su programa de Marburgo de 1882, plantea que la pena solo podía justificarse por su finalidad preventiva.

El programa de Marburgo plantea la tesis de la prevención especial según los tres tipos de delincuentes: el ocasional, el corregible y; el incorregible[304].

---

[303] ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1986, p. 478.

[304] VON LISZT, Franz, *La idea de fin en Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984, pp. 115 y ss.

- Frente al delincuente ocasional la pena debe intimidar para que en el futuro se inhiba de delinquir.
- Frente al delincuente corregible, la pena debe perseguir la corrección (resocialización).
- Frente al delincuente habitual incorregible, la pena persigue la inocuización, es decir, el aislamiento del delincuente.

La tesis de Liszt se impone en Italia por obra de Gramática[305].

A la tesis de la prevención especial a partir de la década de los años sesenta se le considera como la «resocialización», y la idea del «tratamiento» en la oportunidad de ejecutar las penas.

A estos puntos de vista se suma el nuevo concepto de la co-responsabilidad social[306].

Actualmente y dentro una posición llamada superadora, Bacigalupo a partir de la prevención especial, adjetiviza la misma propiciando con ella una prevención especial democrática pues la pena cumpliría una función reintegradora al medio social del autor por ser un instrumento de política social[307].

b. Prevención general

Estamos a que prevención general lo es frente a la colectividad conforme lo cual la finalidad de la pena es la de «motivar a los ciudadanos a un comportamiento conforme a derecho»[308].

El concepto se lo debemos a Anselm von Feuerbach, quien concebía a la pena como «conminación penal que disuada psicológicamente a aquel que tenga tendencias antijurídicas»[309].

---

[305] GRAMATICA, Filippo, *Principi di Difensa Sociale*, Padua, 1961.

[306] BACIGALUPO, Enrique, «Significación y perspectiva de la oposición 'Derecho penal y política criminal'», en *Revue International du Droit Pénal*, Paris, 1978, p. 22.

[307] BACIGALUPO, «Significación y perspectiva de la oposición 'Derecho penal y política criminal'», cit., p. 22.

[308] ROXIN, Claus *et al.*, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 26.

[309] FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, cit., T. I, p. 43.

De lo que se trata con la prevención general es que las penas intimiden y con ello se prevengan los delitos. Beccaría decía que las penas deberían «ser ciertas, infalibles, proporcionables, notorias y públicas»[310].

Jeremías Bentham señalaba también que «la prevención general era el fin principal de las penas y su justificación y que la impunidad puede incitar a delinquir»[311].

Actualmente, se menciona la existencia de una prevención general negativa y una prevención general positiva, veamos:

b.1. Prevención general negativa.- Se dice que estamos ante la prevención general negativa cuando el objeto de la pena es intimidatorio. Aclaramos sin embargo, que el adjetivo empleado debe ser interpretado cultural y valorativamente antes que funcionalmente. El sentido cultural del vocablo 'negativo' indica que la intimidación es una 'mala' forma de motivar al ciudadano.

b.2 Prevención general positiva.- Llamada también 'estabilizadora o integradora'[312] busca afirmar el derecho como tenedor de convicción jurídica-fundamental[313] y valiosa.

Las relaciones interpersonales en la sociedad deben dar a sus actores la seguridad y el conocimiento de su desenlace preciso y así como el conocimiento de todo género de regulaciones en la historia personal de los hombres puede llevarlo al éxito, o al fracaso como *poena naturalis*, si no se tiene y respeta este conocimiento, del mismo modo «a la disposición de observar las normas le falta una garantía natural de ese tipo: tal es el motivo de que sea necesario una sanción»[314].

---

[310] BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, trad. Francisco Tomas y Valiente, Orbis, Barcelona, 1984, pp. 180 y ss.

[311] BENTHAM, Jeremías, *Theorie des primes et des récompenses*, Bruselas, 1940, p. 9.

[312] Cfr. ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención*, traducción Francisco Muñoz Conde, 1981, pp. 101, 103 y ss.

[313] Cfr. HASSEMER, Winfried, «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico social», en: MIR PUIG, Santiago (Ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 137.

[314] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 11.

Jakobs agrega que «misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor»[315].

Como quiera que el destinatario de la norma no es un infractor potencial específico, sino, además de este hipotético infractor, la totalidad de los ciudadanos pues todos interactúan y todos deben insistir en que los comportamientos respectivos sean los que sean de esperar de cara a la norma orientadora en que consiste la de contenido penal.

En este orden de ideas, Jakobs nos dice que «la pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al Derecho pues en esa medida se trata de ejercitar en la aceptación de las consecuencias»[316]. Además de lo anotado, la pena debe intimidar aunque no sea esta su función primaria ya que impresiona lo mismo al que la sufre que a terceros quienes, «no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son efectos que cabe desear por añadidura»[317].

Para Armin Kaufmann, la prevención general positiva: 1. informa al ciudadano de la materia prohibida; 2. refuerza y fiabiliza el orden jurídico; 3. propicia en los ciudadanos un respeto por el derecho[318].

3. Teorías unitarias

Conocidas también como 'teorías de la unión' por el hecho de pretender armonizar o combinar las tesis absolutas con las relativas de las que ya nos ocuparemos.

Se sintetiza el aporte diciendo que la pena debe ser 'justa y útil'[319] con lo que se aspira a que la penalidad siendo represiva al propio tiempo resulte preventiva.

---

[315] Ibídem, p. 14.

[316] Ibídem, cit., p. 18.

[317] Ibídem, cit., p. 19.

[318] KAUFMANN, Armin *et. al., Política criminal y reforma del Derecho penal*, Bogotá, 1982, p. 127.

[319] BACIGALUPO, «Significación y perspectiva de la oposición 'Derecho penal y política criminal'», cit., p. 22.

La química de esta combinación finalista puede incidir más en lo justiciero que en lo preventivo siendo que según la preponderancia de cada factor finalista estaremos frente a una concepción represiva de la pena (por sobresalir finalidades justicieras) o frente a una concepción eminentemente preventivista (por primar el propósito utilitario del castigo).

Desde esta perspectiva se ha buscado una solución al problema que resulta de la necesidad de equilibrar la necesidad de la pena (criterio utilitarista) con la justicia de la misma (criterio absoluto)[320].

Roxin aporta un modelo para resolver el punto a partir de manejar la pena según los distintos momentos en que ella existe: 1. la amenaza (la pena del tipo conmina, disuade a delinquir o persuade a ser fieles al Derecho); 2. la aplicación (en el momento jurisdiccional), la culpabilidad para el caso concreto; 3. en la ejecución (procurando la resocialización del infractor).

La posición de Roxin es dialéctica de modo de combinar la prevención general con los de la prevención especial[321].

Así nos dice Roxin que «en primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales»[322].

Jakobs en un reciente artículo[323] objeta frontalmente la teoría de la unión diciendo que «la teoría de la unión vive de la suposición de que las legitimaciones y los fines de la pena pueden combinarse, lo que no es cierto pues no cabe a un mismo tiempo retribuir de culpabilidad y prevención o prevenciones (v.gr. resocialización)»[324].

---

[320] ROXIN, Claus, *Strafrechtliche Grundlagenproblem*, 4ª ed., 1983, p. 1.

[321] Cfr. MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner teil*, 4ª ed., Karlsruhe, 1971, p. 63.

[322] ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, cit., p. 97.

[323] JAKOBS, Günther, «Sobre la teoría de la pena», traducción de Manuel Cancio Meliá, en: *Revista del Poder Judicial*, Nº 47, p. 148.

[324] Ibídem.

4. La pena como confirmación de la realidad de las normas

Plantea Jakobs que «la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, es decir, como: confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad»[325] y añade que no se previene con la pena un delito futuro. «Lo que se previene por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad»[326].

Una suerte de antropología socio normativa es el punto de partida del profesor de Bonn, nos dice que la sociedad es tan solo cuando su agregado humano constitutivo se rige por normas de convivencia antes que por el esquema individualista e instintivista, satisfacción- insatisfacción y dice: «Persona es quien o a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho»[327].

Así, «un quebrantamiento de las normas se encuentra en un mundo equivocado porque niega las condiciones de lo común»[328].

La consecuencia será la pena como «privación de medios de interacción del infractor»[329].

VI. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Debemos al suizo Carl Stoos (1894) el sistema dualista –penas y medidas de seguridad– que tanto ha influido en el Derecho penal peruano desde que lo recoge en el Código Maúrtua de 1924.

Frente al sistema monista –que solo contempla penas– el dualista permite intervenir al Derecho penal frente a supuestos conductuales con ausencia de culpabilidad por incapacidad (o incompetencia) de culpabilidad o inimputabilidad.

Conforme las teorías de la unión, la pena y la medida se asocia a conductas antinormativas, siendo que su límite es el de la culpabili-

---

[325] JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena», cit., p. 150.

[326] Loc. cit.

[327] JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena», cit., p. 151.

[328] Ibídem, p. 154.

[329] Ibídem, cit., p. 155.

dad para el agente mentalmente sano y mayor de edad y proporcional para el enfermo o menor[330] de cara a mantener el interés común[331].

Welzel plantea que la legitimidad interventora del Estado en la aplicación de las medidas de seguridad se afinca en la moral que lo asiste –al Estado– frente al individuo falto de libertad, pues lo es quien carece de facultad de autodeterminación.

En la actualidad, desde los esfuerzos de Antón Oneca, por aportar una solución al punto sugiriendo una posición tercera entre la retributiva y la preventiva[332], se ha instaurado la tesis de la prevención general positiva para la materia de las medidas de seguridad y corrección, estableciendo para estas, equiparación con las penas, pues como dice Jakobs «así como la pena es una reacción frente al menoscabo de la autoridad de la norma, la medida de seguridad es una reacción a un peligro de repetición»[333].

Se discute la tesis de la medida de seguridad como una que se corresponde con la de la legítima defensa[334] aunque se la critica por inequiparable a partir de la ausencia de urgencia estatal que derive de un ataque actual.

Jakobs aceptando de entrada que «todas las medidas de seguridad están vinculadas en la práctica con un mal que el autor ha de soportar»[335] plantea lo siguiente:

1. La medida de seguridad ofrece el efecto secundario preventivo general de afirmar la norma.
2. Las medidas de seguridad son de tres clases:

---

[330] Cfr. ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenproblem*, cit., p. 57.

[331] EXNER, Franz, *Die theorie der Sicherungsmittel*, Berlín, 1914, p. 226.

[332] ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, p. 115.

[333] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 38.

[334] SAX, Walter, «Grundsätze der strafrechtspflege», en: BETTERMANN, K. A./ NIPPERDEY, H.C./ SCHEUNER, U., *Die Grundrechte*, Bd. III, Berlín, 1972, pp. 909 y ss.

[335] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 4.

a. Complementarias de la pena: se impone junto a la pena a quien obró culpablemente, por ejemplo: hospitalización o centro educativo.

b. Sustitutivas de la pena: para autores inculpables, para fijar de todas formas la autoridad de la norma. «Esa leve relación con la autoridad de la norma»[336] se emplea modernamente para el tratamiento de psicosis esquizofrénicas agudas con fines de control conductual empleando castigo. Sirva este alcance de referente empírico al sistema.

c. Impuesta en lugar de la pena: con lo que Jakobs quiere decir que la medida se ejecuta o impone frente al autor culpable en lugar de la pena. Con lo que debemos entender que se trata de contingencias a la conducta desadaptativa del agente a quien (vía cognitiva) se establece la autoridad de la norma.

Debemos finalmente, advertir que las medidas de seguridad pueden ser predelictuales cuando por haberse definido el estado peligroso de un sujeto, se aplican por seguridad, para evitar que delincan, por ejemplo: mendicidad, vagancia, juego, etc. En el ordenamiento penal peruano no se admiten estas medidas.

Se tratará en cambio de medidas posdelictuales cuando se aplican como contingencia de un delito.

[336] Loc. cit.

Capítulo V
FUENTES DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: I. Punto de partida. **II.** La costumbre. **III.** La jurisprudencia. **IV.** La doctrina. **V.** La ley penal. 1. Normas penales completas. 2. Normas penales incompletas. a. Normas penales aclaratorias. b. Normas penales restrictivas. c. Normas penales remisivas. 3. Normas penales en blanco. 4. Norma primaria y norma secundaria. **VI.** Derecho penal internacional. 1. Derecho penal internacional como fuente de Derecho penal.

I. PUNTO DE PARTIDA

En rigor, la única fuente del Derecho penal es la ley, sin embargo, tanto ella como su interpretación se debe a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

II. LA COSTUMBRE

La costumbre o el consuetudo es la unidad de patrones de conducta que hace que ella se repita permanentemente creando en sus actores los criterios del valor o disvalor con arreglo a los cuales se determina el bien jurídico pasible de protección penal, lo mismo que la conciencia de antijuridicidad.

Por oposición, el desuetudo es la unidad de patrón conductual que se ha extinguido en la comunidad, no representando para ella por su obsolescencia, algo traducible en valor o disvalor.

La costumbre apareja en el ciudadano el sentimiento de obligatoriedad y presencia fáctica, por lo que normalmente inspira e impulsa la creación de normas prohibitivas e imperativas o sirve a los propósitos de interpretación, por lo que se la llama fuente indirecta.

La costumbre puede ser *praeter legem* cuando se configura más allá de la ley y; *secundum legem* cuando la ley se remite a la costumbre y se integra con ella, tal es el caso del elemento normativo concubinato en el tipo penal de parricidio; costumbre contra legem cuando ella es evidentemente contraria a la ley.

En el ámbito del consuetudo, en el Perú existe una forma de administración de justicia paralela a las comunidades andinas –comunidades campesinas– y amazónicas, pues hubo de ser regulada mediante la Ley Nº 27909 del 7 de enero de 2003 por lo que a tenor de su artículo 1º se reconoce la institución de la «ronda campesina», «con personalidad jurídica, como forma autónoma y democrática de organización comunal» de apoyo a la función jurisdiccional del Estado, colaborando en la solución de conflictos y en la conciliación.

Las rondas campesinas nacen a causa del abigeato y la ausencia o corrupción del Estado como modo de autodefensa, aplicando medidas preventivas de policía y castigos diversos como baño frío, ronda obligatoria, trabajo comunal, azotes y en algunos casos la muerte. La ronda más antigua es la que aparece en la provincia de Chota, Cajamarca, en el año de 1976 por iniciativa del gobernador de ese entonces don Régulo Oblitas[337].

III. LA JURISPRUDENCIA

Entre nosotros, el concepto de jurisprudencia se asocia ineludiblemente al fallo de jueces y tribunales, con independencia de si dicho fallo resulta conforme a la doctrina o a criterios de excelencia cultural o incluso jurídica.

Cosa distinta ocurre en el modelo anglosajón y escandinavo, donde el vocablo comprende la teoría general del Derecho o la Filosofía del Derecho[338].

---

[337] VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 150.

[338] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 63.

Proveniente del latín: *iuris* = derecho; *prudentia* = sabiduría, el vocablo debe ser entendido como el meditado pronunciamiento de los jueces y tribunales y se espera que ello ocurra de cara a la ley y a la doctrina, pues de ella se auxilia cuando se trata de cerrar un tipo abierto.

La jurisprudencia, sin embargo, no es fuente del Derecho penal, por lo menos fuente primigenia, aunque pueda serlo de «producción derivada»[339] cuando se trata de darle contenido a los tipos abiertos.

En el Perú, tenemos plenos jurisdiccionales como fuente indirecta conforme al artículo 116º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los magistrados agrupados por especialidad y niveles, luego de debatir y estudiar materias de su ámbito, pueden decidir uniformizar criterio jurisdiccional.

IV. LA DOCTRINA

Se comprende en la doctrina el cuerpo teórico de conocimientos normativos que han desarrollado estudiosos y publicistas en su sistematización del Derecho penal.

La doctrina alcanza desarrollo en la parte general del Derecho penal estudiando los principios generales, y de la parte especial cuando se estudia la configuración y alcance de cada tipo penal del catálogo.

No obstante su importancia generadora, la doctrina no es fuente inmediata de derecho, aunque su aporte sea fundamental para renovarlo, legislando o interpretando.

V. LA LEY PENAL

Producida por el Estado, la ley penal es la única fuente formal directa e inmediata del derecho penal. Este criterio tiene base constitucional y legal pues el artículo 2º, numeral 24, inciso d de la Constitución Política del Perú de 1993, dispone que «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no

[339] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 77.

esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». El Código Penal dice lo propio en el artículo II de su Título Preliminar, que recoge el principio de legalidad.

La ley penal se caracteriza por ser obligatoria, pues deben acatarla todos los ciudadanos y órganos del Estado o sus jueces, de modo que para aquellos son reglas de conducta y para estos normas de decisión[340]. En el primer caso la norma es primaria, en el segundo lo es secundaria[341].

Otro rasgo característico de la ley penal es su pretensión de validez para todos los casos de la clase de las que trata, dentro de un ámbito espacial y temporal[342]

La ley penal tiene una forma lingüística que trasluce una estructura lógica determinada. Es así que «se halla constituida por dos elementos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica»[343].

> *«La norma jurídica enlaza, como toda proposición, una cosa con otra. Ella asocia al hecho circunscrito de modo general, el supuesto de hecho, una consecuencia jurídica, circunscrita asimismo de modo general»*[344].

El esquema lógico será: siempre que el supuesto de hecho «S» esté realizado en un hecho concreto «H», vale para H la consecuencia jurídica C, luego:

$S \Rightarrow C$ (para todo caso de S vale C)

$H \Rightarrow S$ (H es un caso de S)

$H \Rightarrow C$ (para H vale C)[345]

---

[340] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 242.

[341] ZIPPELIUS, Reinhold, *Einführung in die juristische methodenlehre*, C.H. Beck, München, 1971, p. 32.

[342] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 243.

[343] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parge general*, cit., p. 31; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 91.

[344] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 243.

[345] Ibídem, p. 266.

En la norma jurídico-penal el supuesto de hecho lo da la descripción conductual del tipo penal del catálogo y la consecuencia jurídica lo da la pena o medida de seguridad que el tipo prevé.

Las normas penales pueden ser de tres órdenes: completas o acabadas, incompletas y en blanco.

1. Normas penales completas

Son aquellas cuyo enunciado contiene el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica correspondiente. Ejemplo de norma penal completa la tenemos en el artículo 106º del Código Penal peruano que dice:

> «***Artículo 106º***.- *El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años*».

Aquí, el supuesto de hecho: el que mata a otro. La consecuencia jurídica: será reprimido etc.

2. Normas penales incompletas

Son incompletas aquellas normas penales cuya estructura, gramaticalmente acabada, no contiene supuesto de hecho y consecuencias jurídicas por estar destinadas a concretar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica o restringir el ámbito de aplicación de otra norma[346].

Ejemplo de norma jurídica incompleta la tenemos en la parte general del Código Penal, particularmente las que establecen causas de justificación o de inculpabilidad.

Las normas jurídico-penales incompletas pueden ser según Larenz, de tres órdenes: aclaratorias, restrictivas, remisivas.

a. Normas penales aclaratorias

Son aquellas que presiden y determinan el supuesto de hecho, delimitándolo o completándolo.

---

[346] Ibídem, p. 249.

Por ejemplo lo tenemos en el artículo 16º del Código Penal peruano que precisa lo que debe entenderse por tentativa; o el artículo 13º, que regula y precisa lo concerniente a la omisión impropia.

b. Normas penales restrictivas

Son aquellas destinadas a exceptuar de la regla determinados casos[347]. Tal es el supuesto de las causas de justificación o de inculpabilidad del artículo 20º del Código Penal.

c. Normas penales remisivas

Se comprende dentro de este tipo de normas cuyo texto, para evitar repetición, se remite a otra. El artículo 22º del Código Penal que establece la imputabilidad atenuada, o el artículo 109º que nos remite al artículo 107º para el parricidio por emoción violenta excusable.

3. Normas penales en blanco

Se refiere a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades, para que completen la determinación de aquellos elementos[348].

En la ley penal en blanco el material prohibitivo lo determina otra ley de igual o mayor rango (ley penal en blanco impropia), o de inferior rango (ley penal en blanco propia).

Ejemplo oportuno de ley penal en blanco lo tenemos en el artículo 246º del Código Penal peruano, que pune el delito de intermediación financiera realizada sin la autorización de la autoridad competente, o los artículos 304º y 307º del Código Penal en los delitos contra la biodiversidad.

---

[347] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 92.

[348] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 33.

El concepto de norma penal en blanco se lo debemos a Binding (*Blankettstrafgesetze*), quien la concebía como aquella delegación de la ley del imperio (Derecho penal del Reich), en favor de los municipios, para completarla[349].

Es con Mezger que se entiende completado el supuesto de hecho por una ley penal o extrapenal[350].

4. Norma primaria y norma secundaria

Las proposiciones contenidas en el catálogo contienen dos clases de normas: las dirigidas al juez y la dirigida al ciudadano. Aquellas le obligan al juez a imponer una pena si se verifica la infracción, estas al ciudadano a evitar ciertas conductas prohibidas o protagonizar las obligadas.

La norma primaria es la dirigida al ciudadano, ordenándole o prohibiéndole conductas determinadas que son de naturaleza jurídico-penal[351].

La norma secundaria se dirige al juez y son normas que «obligan a los órganos jurisdiccionales a imponer una determinada sanción penal en el caso que un sujeto haya cometido un hecho delictivo»[352] y tienen una esencia imperativa y un ámbito menor que el de las normas primarias, pues es siempre menor el número de conductas que el Derecho esta dispuesto a castigar por falta de otros elementos del delito[353].

---

[349] BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 3ª ed., Leipzig, 1916, p. 161. Cfr. STAMPA BRAUN, José María, *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, p. 30.

[350] MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de José Rodríguez Muñoz, 2ª ed, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, T. II, p. 381.

[351] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 323.

[352] Ibídem, p. 313.

[353] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 361.

VI. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. Derecho penal internacional como fuente de Derecho penal

Kai Ambos define el Derecho penal internacional (*Völkerstrafrecht*) como un «conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales»[354] y agrega que se trata de una combinación de principios de Derecho penal y de Derecho internacional[355].

El Derecho penal internacional[356] es fuente importante del Derecho penal interno, tanto más cuanto que la globalización ha impuesto deberes y consagrado derechos a los individuos independientemente de su situación territorial. Ya hay tipos penales internacionales cuyo quebranto activa el Derecho penal internacional vía reglas generales de activación aceptadas por el orden interno y con rango constitucional que las legitime, sin perjuicio del principio de preferencia del Derecho penal internacional fuente del derecho estatal.

Los antecedentes remotos se aparecen en los siglos XVI y XVII. Los próximos nacen del acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 en mérito del cual se procesó a los jerarcas nazis por crímenes contra la paz, crimen de guerra y de lesa humanidad en el famoso Tribunal Militar Internacional de Nüremberg que conforman los vencedores de la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal Militar de Tokio (1946) actuó lo propio para con los jerarcas militares japoneses. Ha sido cuestionada la legitimidad de estos famosos procesos, entre otras razones, porque se transgredió el principio de legalidad y en consecuencia la retroactividad de la ley penal se impuso sin más para el caso de la guerra de agresión y crímenes contra la humanidad, mientras que el juzgamiento y punición de los crímenes de guerra se amparan en un pretendido derecho consuetudinario internacional[357].

---

[354] AMBOS, Kai, *Estudios del Derecho penal internacional*, Idemsa, Lima, 2007, p. 23.

[355] Loc. cit.

[356] Denominación que comparten Muñoz Conde y Manzanares Samaniego en las traducciones de Jescheck, y Bustos Ramírez es el Derecho internacional penal (nota del autor).

[357] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 107.

Dice Jescheck que no obstante las dudas que despista los aludidos procesos derivados de la Segunda Guerra Mundial, cabrá aceptarlos dado el carácter extraordinario de la situación generadora si a partir de estos procedimientos, «el acto revolucionario»[358] en que consistieron «se hubiera integrado en reglas generales de derecho internacional»[359] que habrían impedido la impunidad de los innumerosos crímenes contra la humanidad que se cometieron desde entonces a esta parte.

La comunidad de naciones en general, y en particular la de las potencias mundiales, han hecho poco por adherir formulaciones de Derecho internacional penal. Así «la ONU no ha aceptado los principios jurídicos de Nüremberg elaborado por la International Law Comission, ni el Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind preparado por la misma, ni el Statute for an International Criminal Court, creada por una comisión internacional»[360].

El estado de la cuestión es la de proyectar tipos penales internacionales respecto a los crímenes contra la paz; los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. La primera fuente general deriva de los artículos 55º y 56º de los estatutos de las Naciones Unidas en virtud de los cuales «los Estados miembros se obligan al respeto universal y a la observancia de los derechos humanos». La Convención de Viena previene contra las violaciones graves como tortura y tratos inhumanos en el marco del conflicto armado internacional, siendo discutible su aplicabilidad al supuesto de conflictos internos, aun cuando «la Corte Internacional en el caso Nicaragua impuso el criterio de los deberes de conducta aplicable a [la] guerra interna»[361].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha propuesto y afirmado la responsabilidad individual en delitos individuales en materia de derechos humanos, cuyas fuentes son: la Declaración Uni-

---

[358] Loc. cit.

[359] Loc. cit.

[360] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 109.

[361] AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho penal internacional*, Comisión Andina de Juristas, Medellín, 1997, pp. 248 y ss.

versal de los Derechos Humanos (1948); la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); la Convención sobre Torturas de la ONU (1984) y la Convención Interamericana contra la tortura (1985), ratificadas ambas por el Perú[362], con lo que se integra al derecho interno en aplicación del artículo 55º de la Constitución Peruana y su Cuarta Disposición Final y Transitoria.

En 1993, en lo que es un notable avance sobre la materia, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas constituye el Tribunal ad hoc, para el enjuiciamiento de crímenes de guerra y graves violaciones al derecho humanitario acaecido en la antigua Yugoslavia y en Ruanda[363].

En suma no podemos pasar por alto, como bien señala Alicia Gil, que «el estado de desarrollo en el que se encuentra el Derecho penal internacional conlleva que la consecuencia jurídica, la pena, no esté precisada en los textos internacionales a continuación de la correspondiente conducta, con el consiguiente menoscabo del principio de legalidad»[364], sin embargo y no obstante esta deficiencia, la misma autora sugiere el concurso «de los órganos internos»[365] de cada Estado y mientras tanto «contentarnos, para la existencia de una ley penal internacional, con que la ley internacional en cuestión declare sancionable penalmente la infracción»[366].

No obstante, en la actualidad tenemos el Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas para atender especializada y subsidiariamente la violación de los derechos humanos que pudieran perpetrarse desde su vigencia en julio del año 2002.

---

[362] Ibídem, pp. 233 y ss.

[363] Cfr. GIL GIL, Alicia, «Tribunales penales internacionales», en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Madrid, 2000, p. 40.

[364] GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 58.

[365] Ibídem, p. 60.

[366] Loc. cit.

Es mérito de este Estatuto que podríamos denominar universal –habida cuenta el amplio número de Estados signatarios del mismo (60), y comprometidos con la tutela de los derechos humanos–, el haber creado por primera vez tipos penales internacionales como son: el crimen de genocidio, el crimen de lesa humanidad, el crimen de guerra y el crimen de agresión.

A partir de estos tipos penales, consagrados en el artículo 5º del Estatuto de Roma, queda superado el viejo problema del principio de legalidad, que desde Nüremberg hasta Yugoslavia y Ruanda se manejaba con el dudoso instituto del *ius cogens*, para dar paso a la ley previa, estricta y cierta en que consiste un tipo penal internacional.

El Estatuto de Roma crea y regula la Corte Penal Internacional como un organismo internacional autónomo y de personalidad jurídico-internacional (artículo 4º), de carácter permanente, facultada, según su artículo 1º, para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto a los crímenes más graves (macrocriminalidad) de carácter complementario de la jurisdicción penal nacional, es decir de manera subsidiaria al Derecho territorial nacional vigente en el lugar donde se cometió el crimen de genocidio, de lesa humanidad o de guerra.

La competencia de la Corte entonces, sin ser universal, compromete a los crímenes perpetrados en los Estados parte o a los ciudadanos de los Estados parte.

Por *ratione temporis*, la Corte es competente para el juzgamiento de los crímenes a que se refiere el artículo 5º del Estatuto, cometido después y solo después de su vigencia (artículo 11º), pues no se admite la retroactividad (artículo 24º) sin que quepa oponer excepción de prescripción, pues son imprescriptibles los perpetrados a partir de esta vigencia (artículo 29º). El Estatuto de Roma rige desde el 1 de julio del año 2002.

Por *ratione personae*, la Corte es competente para el juzgamiento de personas físicas plenamente imputables mayores de 18 años (artículo 26º), sin distinción por razón de cargo (artículo 27º), por delitos previstos en el artículo 5º perpetrados a título de instigador, autor directo, coautor, autor mediato o partícipe.

Por *ratione materiae*, como se ha dicho, se comprenden en el Estatuto los crímenes a que se refiere el artículo 5º: genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra y de agresión, cuando en este último caso, se desarrolle su naturaleza y característica.

El Estatuto de Roma en su artículo 6º regula como genocidio a cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico racial o religioso como tal:

a. Matanza de miembros del grupo;

b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c. Sometimiento internacional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d. Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

e. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El Estatuto de Roma, en su artículo 7º, regula lo concerniente al delito de lesa humanidad, comprendiendo dentro de él cualquiera de los actos siguientes perpetrados como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil:

a. Asesinato;

b. Exterminio;

c. Esclavitud;

d. Deportación o traslado forzoso de población;

e. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física con violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f. Tortura;

g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h. Persecución de grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género;

i. Desaparición forzada de persona;

j. Crimen de *apartheid*;

k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causan intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

El Estatuto de Roma, en su artículo 8º y siempre desde el antecedente de la Convención de Ginebra del 12 de mayo de 1949, regula lo relativo al crimen de guerra comprendiendo en este crimen:

a. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

   i. Matar intencionalmente;

   ii. Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

   iii. Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

   iv. Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

   v. Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga;

   vi. Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial;

   vii. Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;

   viii. Tomar rehenes;

b. Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii. Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;

iii. Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al Derecho internacional de los conflictos armados;

iv. Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

v. Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi. Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

vii. Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;

viii. El traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;

ix. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;

x. Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xi. Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;

xii. Declarar que no se dará cuartel;

xiii. Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;

xiv. Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;

xv. Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra;

xvi. Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

xvii. Emplear veneno o armas envenenadas;

xviii. Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo;

xix. Emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx. Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121º y 123º;

xxi. Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes;

xxii. Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii. Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;

xxiv. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho internacional;

xxv. Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi. Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa:

   i) Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

   ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes;

   iii) La toma de rehenes;

   iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d. El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

e. Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

   i. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

   ii. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el perso-

nal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho internacional;

iii. Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v. Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi. Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f del párrafo 2 del artículo 7º, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii. Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii. Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix. Matar o herir a traición a un combatiente enemigo;

x. Declarar que no se dará cuartel;

xi. Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimen-

tos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii. Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

f. El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

En cuanto a la guerra de agresión, el Estatuto se ha reservado la determinación precisa para más adelante, no obstante que su característica nuclear queda ampliamente definida desde el Estatuto de Nüremberg.

El estado de la cuestión es el de la existencia de un grupo de trabajo[367] que debe hacer las propuestas definitivas que alcancen acuerdo teniendo en cuenta que la Resolución Nº 3314 (XXIX) de la ONU definió el concepto de «crimen de agresión», que maneja el artículo 5º del Estatuto de Roma, como crimen contra la paz internacional[368].

[367] Working group on the crime of agression, en: *Report de la Precom del 24 de julio de 2002*. UN Doc PCNICC, 2002.

[368] Cfr. AMBOS, *Estudios del Derecho penal internacional*, cit., p. 196.

Capítulo VI
INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

SUMARIO: I. Punto de partida. II. Clases de interpretación de la ley penal. 1. Según el intérprete. a. Interpretación auténtica. b. Interpretación judicial. c. Interpretación doctrinal. 2. Según los medios. a. Interpretación lingüística. b. Interpretación teleológica. c. Interpretación histórica. d. Interpretación sistemática. 3. Según los resultados. a. Interpretación extensiva. b. Interpretación restrictiva. c. Interpretación progresiva.

I. PUNTO DE PARTIDA

La ley penal como fórmula lingüística, concebida para normar un número finito de casos, se construye con signos que denotan y, al mismo tiempo, connotan algo a lo que debe subsumirse una determinada situación de hecho. El juicio de subsunción que realice el operador penal, presupone para él, no solo descubrir el sentido y propósito de la proposición general, cuyos signos constitutivos pudieron tener significado distinto, sino, determinar si el caso concreto, por sus particularidades naturalísticas y circunstanciales, es o no normativamente subsumible en dicha hipótesis.

La interpretación de la ley penal apunta a resolver un problema de significación al modo de «un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático»[369], pues «el texto de la norma es problemática para

[369] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 308.

quien lo aplica atendiendo a la aplicabilidad de la norma a un hecho de tal clase»[370].

Nos dice Fernández Carrasquilla que, «interpretar en el sentido amplio, es desentrañar y explicar o comprender el sentido que algo encierra o implica. Interpretar la ley es conocer por comprensión, el sentido de sus signos, tomados en su tenor y en su contexto normativo»[371].

Esta es una tarea compleja –misión principal del Derecho– y una de sus diferencias específicas con otras ramas del saber, incluida la lingüística o la filología, es que el Derecho es un cuerpo de conocimiento normativo.

El Derecho penal objetivo es positivo por su presentación escrita, en modo de proposición lingüística, de modo que su interpretación, en primer término, pasa por la comprensión del lenguaje usual, lo mismo que del técnico, pues como dice Wessels «toda interpretación comienza con el texto de la ley sobre la base del uso natural y jurídico especial del idioma (interpretación gramatical). Si el texto es ambiguo se recurre, para ayudar la interpretación, a la génesis de la ley (interpretación histórica) y al total nexo sistemático de la ley (interpretación sistemática). El punto más importante de la interpretación reside en la cuestión referente a la especial función de protección, al sentido objetivo y al fin de la ley»[372].

Con un criterio naturalístico y para hechos, lo claro no necesita interpretación, pero si el criterio es normativo, sí necesitará interpretación, tanto para hechos como para los asuntos del Derecho, como ocurre cuando se hace uso de las construcciones modernas de imputación objetiva.

La interpretación, sin embargo, no por creativa debe desnaturalizar la ley apartándose del texto legal, analogizando su tenor y contrariando el principio de no admisibilidad de la analogía[373].

---

[370] Loc. cit.

[371] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 94.

[372] WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, traducción Conrado A. Finzi, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 16.

[373] Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, traducción de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 38.

La interpretación no puede escapar del texto sino, a lo máximo, indagar sobre su contenido oculto procurando un enunciado con palabras más claras que expresen más precisamente el punto y «haciendo hablar a ese sentido oculto»[374].

Qué duda cabe que, más allá de la claridad con que el legislador se exprese, el lenguaje además de dinámico y cambiante describe realidades complejas «que resulta difícil reproducir de manera exacta»[375].

En la lingüística moderna se discierne entre el significado denotativo de las palabras y el connotativo, pues la palabra es un instrumento del que se valen los humanos para comunicarse, teniendo esta una función eminentemente social. Es así que «las personas puedan y de hecho lo hacen, interpretar las palabras en formas completamente diferentes y dependiendo de la situación y de la inclinación psicológica a actuar del individuo»[376].

Las palabras, entonces, pueden tener un significado denotativo y uno connotativo muy diferente, dependiendo de las circunstancias psicológicas y sociales en que se hallan los contactantes.

El significado denotativo de una palabra es aquel al que se refiere la misma en un diccionario común de la lengua. Será significado connotativo el que se refiere «a un amplio campo de ideas y de sentimientos, casi como de tendencias creativas que están vinculadas a una palabra»[377].

Respecto del signo en que consistan los elementos constitutivos de una proposición jurídica, basta decir que «la respuesta que un individuo da a un determinado signo, depende a menudo de la

---

[374] HRUSCHKA, Joachim, *Das Verstehen von Rechtstextem*, C.H. Beck, München, 1972, p. 5.

[375] Cfr. SCHAFF, Adam, *Ensayos sobre filosofía del lenguaje*, Barcelona, 1973, p. 99.

[376] OSGOOD, Charles, *Curso superior de psicología experimental, método y teoría*, Trillas, México, 1969, p. 202.

[377] KRECH, David/CRUTCHFIELD, Richard/BALLACHEY, E., *Psicologia social*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1995, p. 290.

verbalización implícita que el signo provoca, es decir, de su actitud respecto del objeto significado»[378]. Incluso como decía el gran Sapir (1920) «los aspectos emotivos de nuestra vida anímica están suficientemente expresados en la estructura del idioma».

Los elementos descriptivos del tipo penal, en torno de cuyos significados pudiera pensarse uniformemente, plantean serios problemas de significación. Tal es el caso de «matar» que con un criterio naturalístico se entiende por un acto distinto del que significa, si el criterio empleado es el normativo. Lo mismo con el concepto de «ferocidad», para el caso del asesinato (artículo 108º del Código Penal), o de conceptos como «violencia», «emoción violenta», etc.

Respecto de los elementos normativos del tipo, tales como: concubinato (artículo 107º del Código Penal); cónyuge; omisión y tantos otros, la significación puede resultar más variada.

II. CLASES DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

La complejidad del tema obliga oponer criterios diferenciados de clasificación, dado que la ley no es solo una proposición jurídica sino que, además, tiene un origen legislativo, una historia, un intérprete, una forma y una finalidad actual o primigenia.

Según estas consideraciones y criterios las clases de interpretación son las siguientes: Según el intérprete puede ser auténtica, judicial o doctrinal. Según los medios puede ser lingüística, teleológica, histórica o sistemática. Y según los resultados puede ser extensiva, restrictiva o progresiva.

1. Según el intérprete

a. Interpretación auténtica

Es aquella que realiza el Poder Legislativo del cual surgió la norma.

Puede obrar la interpretación auténtica en los preámbulos, en la exposición de motivos, y de su recurrencia a ellos surgirá el sentido de la ley penal.

---

[378] OSGOOD, *Curso superior de psicología experimental, método y teoría*, cit., p. 966.

El órgano legislativo interpreta auténticamente una norma cuando por medio de una ley posterior declara el sentido de la norma precedente en lo que sería una nueva ley con efecto retroactivo, lo que puede dar lugar a hipótesis de anticonstitucionalidad tratándose de materia penal, dado que la ley de interpretación vincula u obliga.

La interpretación auténtica, llamada así por su obligatoriedad, puede estar expuesta a contingencias concretas y terminar desnaturalizando la ley precedente.

b. Interpretación judicial

Es la que llevan a cabo jueces y tribunales con ocasión de aplicar la ley interpretada al caso singular. Llamada también interpretación jurisprudencial, no vincula y en ello se distingue de la interpretación auténtica.

Es usual, y desde luego recomendable cuando no imprescindible, que jueces y tribunales recurran a la doctrina para la interpretación de una ley.

c. Interpretación doctrinal

Es aquella que realizan los juristas, estudiosos del Derecho, profesores y publicistas, sin más interés que el desentrañar el sentido de la ley, siendo esa su virtud; mientras que su desventaja es no ser obligatoria.

Es obvia la importancia que la interpretación doctrinal tiene pues, aunque no obliga ata la inteligencia del juez, compromete su conciencia y su buena fe; ya que de un derecho estructurado, sistemático y serio, no pueden derivar interpretaciones antojadizas o erráticas y de ello da cuenta la doctrina cuando propicia interpretaciones lógicas y uniformes. «La ciencia del Derecho facilita, en cierto modo, el trabajo a la jurisprudencia de los tribunales, al mostrar los problemas de la interpretación y las vías para su solución»[379].

[379] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 310.

2. Según los medios

a. Interpretación lingüística

Es claro que el primer estímulo que recibe el intérprete de esa ley penal es su literalidad, es decir, la expresión lingüística empleada por el legislador para su construcción, lo que ha dado a pensar que el significado inmediato y literal de las palabras constitutivas del texto, contienen el sentido espontáneo y natural de la norma. Tal los siguientes brocardos: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit; inclusio unius exclusio alterius; ubi lex nom distinguit, nec non distinguere debemus; qui dicit de uno, negat de alterio*[380].

El punto sin embargo, es que siendo el lenguaje una estructura compleja, diferenciada y dinámica, su validez se subordina a espacios territoriales y temporales específicos que originan modalidades particulares (v.gr. geográfica, naturales o sociales).

En el Perú, rige el Código Penal para toda su extensión territorial ya que no existe en nuestro país una 'lengua general' pues 'somos un país multilingüe y pluricultural'[381].

Las lenguas del horizonte cultural andino son: el quechua y el aymara. El quechua se caracteriza por una gran variedad dialectal según se da en la sierra central (Ancash, Huánuco, Huancayo, Pasco), o según se trate de las zonas norte (Huaylas), y en el sur (Yungay y Chinchay).

El aymara peruano se desarrolla en Puno y no tiene la gran variedad dialectal del quechua[382].

Las lenguas del horizonte cultural amazónico con más de 50 grupos étnicos, están agrupadas en 11 familias lingüísticas: Arahuaca,

---

[380] Donde la ley quiso decir algo, lo dijo; donde no quiso, se calló; la inclusión de uno, exclusión de otro; donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir; quien dice algo de uno, lo niega del otro, etc.

[381] GODENZZI, Juan Carlos, *Lengua, cultura y región Sur Andina peruana*, Centro de Estudios Rurales Andinos Bartolomé de las Casas, Cusco, 1987, p. 7.

[382] GODENZZI, *Lengua, cultura y región sur andina peruana*, cit., p. 11.

Cahuapana, Harakmbet, Huitoto, Jíbaro, Pano, Peba-yagua, Tacana, Tucano, Tupi-guaraní, Záparo[383].

El horizonte criollo peruano se expresa fundamentalmente en la lengua castellana en sus dos modalidades: andino y ribereño[384].

A lo dicho, es necesario agregar que el Derecho penal peruano y el hispano americano son eminentemente escritos. Lo es el código, la jurisprudencia y la doctrina, sin embargo, la tradición lingüística de nuestro país –como en miles de lenguas en el mundo–[385] es básicamente oral.

Se puede decir que la comunidad indígenas, mayoritariamente, es ágrafa y multilingüe además, la lengua oficial, el castellano, se impone fragmentaria y distorsionada (desde la perspectiva del español general)[386], sobre la primera lengua (quechua, aymara u otra lengua), lo que da lugar a una comunidad lingüística rica en posibilidades, pero alejada del patrón oficial –estratolectal– del llamado 'castellano culto', representado en el Código Penal.

Es el caso añadir que cada lengua o modalidad dialectal se organiza muy variadamente, se expresa no solo en su propia sintaxis (ordenamiento de las palabras), sino en su particular manera de ver la realidad[387].

Cada comunidad lingüística –v.gr. quechua o aymara– expresará su historia, intereses, economía, bienes jurídicos en general, de manera singular y diferente pues qué duda cabe que «la lengua condiciona su manera de ver el mundo»[388], todo lo cual habrá de tomarse en cuenta con ocasión de interpretar un texto legal penal, lo mis-

---

[383] Cfr. CERRÓN PALOMINO, RIBEIRO Y WISE y VARESE, citados por GODENZI, *Lengua, cultura y región sur andina peruana*, cit., p. 12.

[384] GODENZI, *Lengua, cultura y región sur andina peruana*, cit., p. 12.

[385] CERRÓN PALOMINO, Rodolfo, «Aprender castellano en un contexto plurilingüe», en: *Lexis. Revista de Lingüística y Literatura*, Nº 1, PUCP, Lima, 1981, pp. 30-50.

[386] Loc. cit.

[387] ÁVILA, Raúl, *Las lenguas y su organización*, Trillas, Madrid, 1981, p. 2.

[388] Loc. cit.

mo que la conducta que lo realiza, pues la conciencia de antijuridicidad que modela la culpabilidad es función del horizonte lingüístico del que procede su protagonista.

El significado connotativo de una palabra, va más allá de su significación oficial expresada denotativamente en un diccionario de la lengua usual(389).

Hace bien Hurtado Pozo en decir de las palabras que, «son en su mayor parte ambiguas, vagas; su campo de referencia es indefinido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida y en un nebuloso círculo exterior de incertidumbre»(390).

Analiza el autor citado, cómo es que en una jurisprudencia del Tribunal Supremo (391), se produjo entre los jueces serias dificultades para la interpretación de un caso de violación de menor que se suscitó al aplicar al caso el tipo penal de violación de menores, y no coincidir en la interpretación que debe hacerse de la proposición «hiciere sufrir el acto sexual u otro análogo a un menor contenido en dicho tipo».

El punto es que, en los hechos materia de la jurisprudencia acotada, se procesa a un pederasta que hizo de pasivo ante el agraviado menor de 14 años, que actuó de activo. Tres fueron los argumentos que fueran esgrimidos(392):

- Se trata de atentados contra el pudor del menor de 14 años, y no de violación pues este no sufrió o padeció el acto sexual, por el rol de incubo o súcubo del sujeto pasivo.
- Se trata de «violación presunta» pues el comportamiento sexual de activo, aun siendo voluntario, es acto sexual análogo con consentimiento viciado de nulo, por la minoridad.

(389) Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 85.

(390) HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 181.

(391) Sentencia del 2 de octubre de 1973.

(392) Ibídem, p. 182.

- Se señala en un tercer argumento, que «hacer sufrir el acto sexual o el análogo», a un menor, reprime solo al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo, por lo que debe castigarse al pederasta conforme al código de menores, por incitación a actos inmorales.

Es claro que estamos frente a un problema de interpretación lingüística aunque resulte igualmente claro que por sí sola esta interpretación no será suficiente para desentrañar el sentido razonable de la proposición legal bajo estudio. Será necesario recurrir a otros modos de interpretación.

Criterios de seguridad jurídicas van de la mano de la claridad idiomática de las normas. No se pierde vista que, como dice el profesor Jesús Prieto de Pedro «Claridad, precisión y corrección lingüística son las tres virtudes cardinales que han de presidir un buen lenguaje legal»[393].

b. Interpretación teleológica

Ocurre una interpretación teleológica (*telos* = fin; *logos* = estudio), cuando se busca el sentido o finalidad de la norma. La *ratio legis* importa conocer el «bien jurídico o la clase de los bienes jurídicos que se tutela».

Como quiera que «la función general del Derecho debe ser el punto de orientación general para determinar la finalidad objetiva del contenido de la norma, se debe partir de la protección de los bienes jurídicos»[394].

En suma, y siempre siguiendo a Eser[395], el punto es que la interpretación de cada tipo penal nos lleva a desentrañar dos cuestio-

---

[393] PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Lenguas, lenguaje y Derecho*, Civitas, Madrid, 1991, p. 148.

[394] ESER, Albin y BJÖRN, Burkhardt, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencia*, Colex, Madrid, 1995, p. 28.

[395] Loc. cit.

nes: a) lo relativo al bien jurídico protegido y; b) la manera o mejor forma de protegerlo considerando las circunstancias actuales.

En caso alguno, la *ratio legis* debe conducir a un sobredimensionamiento del ámbito de punibilidad por lo que deberá tomarse en cuenta el principio de lesividad del bien jurídico, excluyendo las injerencias mínimas (daños insignificantes).

Demás está decir, que la *ratio legis* se subordina a una interpretación conforme la Constitución.

La interpretación teleológica puede ser subjetiva u objetiva dependiendo de si se busca la *ratio legis* en la voluntad histórico-psicológica del legislador (teoría de la voluntad o subjetiva), o si por el contrario, se le indaga en el sentido inherente a la ley misma[396].

Desde luego que el estado actual de la cuestión es el de proponer que «la meta última de la interpretación no es averiguar la voluntad real del legislador histórico, sino averiguar el significado de la ley, hoy jurídicamente decisivo»[397].

c. Interpretación histórica

Llamada así por cuanto el intérprete, para conocer el sentido de la ley, recurre a las fuentes o materiales legislativos (exposición de motivos, debates parlamentarios, informe de la comisión revisora y redactora, etc.).

Se trata de conocer la *ocassio legis* o contexto histórico.

d. Interpretación sistemática

En atención a lo que llamamos 'principio de derecho integral', tal modo de interpretación se da cuando se analiza la norma penal en el contexto jurídico-general de manera que, sin sacrificar la peculiaridad del Derecho penal, se la estudia como coherente y compati-

[396] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 312.

[397] Ibídem, p. 350.

ble con todo el orden jurídico en su conjunto. Ejemplo de peculiaridad penal lo tenemos en el artículo VII del Titulo Preliminar del Código Penal, que proscribe la responsabilidad objetiva, lo que no es coherente con la responsabilidad extracontractual del Derecho civil.

3. Según los resultados

a. Interpretación extensiva

Tal cosa ocurre cuando se le da al texto legal una interpretación omnicomprensiva de una gran variedad de hipótesis.

La interpretación amplia como también se la denomina, es aquella que maneja significados terminológicos que comprende fenómenos de la esfera marginal de significación de dichos términos o significantes.

La interpretación amplia no debe caer en la analogía y de darse, solo en favor del procesado[398].

b. Interpretación restrictiva

Ocurre cuando la fórmula lingüística de la norma penal es amplia y genérica, de suerte de poder reclamar una variedad de hipótesis conductuales ampliando indebidamente el ámbito de punibilidad.

Una interpretación será restrictiva cuando, en relación con otra interpretación posible, resulta un ámbito de aplicación más reducido y más restringido el ámbito de punibilidad.

La interpretación restrictiva es en el derecho peruano una garantía constitucional emanada del artículo 139º, numeral 9 de la Constitución Política del Perú, que proscribe la analogía en materia criminal.

c. Interpretación progresiva

Es aquella interpretación que propicia entender la norma en constante coherencia con el avance de las ciencias y el progreso económico social.

---

[398] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, Sudamericana, Buenos Aires, 1976, p. 118.

Se trata de adaptar la ley a la realidad presente empleando para ello los instrumentos de la modernidad en los diversos órdenes.

Capítulo VII
ÁMBITO ESPACIAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO: I. Generalidades. II. Principio de territorialidad. III. Principio del pabellón. IV. Principio real o de defensa. V. Principio de personalidad. 1. Principio de personalidad activa. 2. Principio de personalidad pasiva. VI. Principio de universalidad. VII. Principio de representación. VIII. Inaplicabilidad del principio excepcional de extraterritorialidad de la ley penal. IX. Lugar del hecho punible. X. La extradición. XI. Formas. 1. Extradición activa. 2. Extradición pasiva. 3. Extradición de tránsito. XII. Reextradición. XIII. Fuentes. XIV. Inadmisibilidad de la extradición. XV. Principios de la extradición. 1. Principios en la extradición en atención al delito. 2. Principio en la extradición en atención al *extraditurus*. 3. Principios en la extradición en atención a las penas. 4. Principio de extradición por la materia del juzgamiento. XVI. La extradición en el delito imprudente.

I. GENERALIDADES

La ley penal es básicamente territorial pues se aplica dentro de los límites territoriales del Estado nacional.

El carácter obligatorio de la ley penal implica que todo delito acaecido dentro del territorio, perpetrado por peruanos o extranjeros, es tratado conforme la ley penal nacional, pues la ley penal extranjera se aplica excepcionalmente según supuestos a los que nos referiremos más adelante.

Los principios que regulan lo concerniente al ámbito de validez espacial de la ley penal son: territorialidad, del pabellón, real o de defensa, de personalidad, de universalidad, de representación, de ubicuidad.

II. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Conforme este principio propio además de los Estados liberales modernos, la ley penal peruana es aplicable a todos los delitos cometidos en el territorio nacional sea cual fuere la nacionalidad del autor y sus partícipes y sin tomar en cuenta la nacionalidad del titular del bien jurídico tutelado.

El fundamento de este principio es político pues se trata de una expresión de la soberanía o *ius imperium* del Estado sobre su territorio. El artículo 1º del Código Penal, en su primer párrafo, dice que: «La ley peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República», entendiendo por territorio «el espacio dentro del cual el Estado puede ejercer su potestad jurídica»[399].

El concepto de territorio es normativo pues la ley lo determina siendo así que, conforme el artículo 54º de la Constitución Política del Perú de 1993, «el territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre».

El suelo comprende toda el área geográfica superficial comprendida dentro del perímetro establecido por los tratados internacionales de límites fronterizos, celebrados con los países limítrofes.

El subsuelo comprende toda el área geométrica existente debajo del área geográfica superficial del suelo.

El dominio marítimo comprende, según el segundo parágrafo constitucional del citado artículo 54º, «el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas, medidas desde las líneas de base[400] que establece la ley».

El Perú fue pionero en la tesis del mar territorial, como se conoció desde 1947, la de las 200 millas de mar peruano adyacente a su

---

[399] BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 148.

[400] Línea base es aquella demarcación entre mar y tierra. Esta demarcación está dada por la línea de baja marea costera indicada en una carta oficial a gran escala de un Estado. Mayores referencias en BRICEÑO BERRÚ, José, *Manual de Derecho internacional marítimo*, Lima, 1976, p. 34.

costa, pues por Decreto Supremo Nº 781 del 1 de agosto de 1947, se la proclamó.

La tesis se la debemos a Bustamante y Rivero quien la defendió[401] ampliamente de sus detractores principalmente extranjeros.

El fundamento geográfico de la tesis peruana lo tenemos en la amplitud del océano al que da frente al Perú a la par de su plataforma continental reducida. Otro fundamento lo tenemos en la corriente peruana de Humboldt[402].

Se discute sin embargo, la idoneidad o no, que la expresión «mar territorial» se haya sustituido por la de «dominio marítimo» desde la Constitución de 1979 (artículo 98º) hasta la fecha, conforme el artículo 54º de la nueva carta magna, ya que la tesis primigenia era territorialista. Ocurre que hubo que compatibilizar la expresión constitucional, con la empleada por la Conferencia del Mar de la que el Perú es adherente.

El dominio marítimo sobre el mar adyacente a sus costas hasta 200 millas, faculta al Estado ribereño peruano a ejercer soberanía y jurisdicción pero conforme y respetando el *ius comunicationis,* con arreglo al cual el aludido ejercicio se practica «sin perjuicio de la libertad de comunicación internacional y de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado».

Significa esto, que la ley penal peruana, en principio, se aplica en la zona del dominio marítimo –por soberanía– a los actos delictivos que en esa zona ocurran. Sin embargo, el respeto al *ius comunicationis,* pudiera plantear regímenes de excepción a esta norma para el supuesto de que en un buque privado de bandera extranjera, se perpetre un delito mientras transiten en aguas pertenecientes al dominio marítimo del Perú, supuesto que no está comprendido por el inciso 2 del artículo 1º del Código Penal, aunque sí lo esté en el enunciado principal por tratarse de una ocurrencia acaecida en el territorio nacional.

---

(401) BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis, *La doctrina peruana de las 200 millas,* Lima, 1972, p. 28.

(402) ARIAS SCHREIBER, Alfonso, «Fundamento de la soberanía marítima del Perú», en: *Revista de Derecho y Ciebncias Políticas,* UNMSM, Nº 1-11, Lima, 1970, p. 40.

Respecto del espacio aéreo, baste decir que comprende a todo el volumen aéreo que se levanta verticalmente sobre el plano superficial terrestre y marítimo del territorio nacional, de manera ilimitada, con la misma exigencia de respetar el *ius comunicationis.*

El principio madre de la territorialidad de la ley penal necesita de algunos toques interpretativos a partir de la aprobación del Estatuto de Roma el 17 de julio de 1998, vigente desde julio del año 2002, y en el Perú que es Estado parte.

En efecto, el Estatuto de Roma y su Corte Penal Internacional como código o ley penal internacional, se aplica a los crímenes graves contra los derechos humanos previstos en su artículo 5º: genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra acaecidos en el territorio nacional a partir del año 2002, cuando por subsidiaridad el Estado peruano no juzga.

III. PRINCIPIO DEL PABELLÓN

Conocido también como «teoría del territorio flotante» o del «derecho de bandera», el principio bajo estudio establece que es territorio nacional ficto, para los efectos de la aplicación de la ley penal peruana, el siguiente:

a. El de las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren.

b. El de las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en altamar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Para el primer caso se entiende por buques nacionales públicos, los de guerra o los que están al servicio de los poderes públicos como son la policía, el correo público y servicio de aduanas.

La Ley de Aeronáutica Civil Nº 24882 del 30 de junio de 1988, establece en su artículo 5º que para los delitos cometidos a bordo de aeronaves civiles nacionales que se encuentren en territorio extranjero, se aplica la ley peruana si los efectos del acto no afectan al Estado sobrevolado.

IV. PRINCIPIO REAL O DE DEFENSA

Según este principio se aplica, excepcionalmente, la ley peruana para ocurrencias acaecidas en el extranjero cuando dicha ocurrencia, además de delictiva según la ley peruana, afecten los intereses del Estado peruano, o el delito es cometido por funcionario o servidor público en el ejercicio de su cargo (artículo 2º, inciso 1 del CP).

Se aplica el principio real o de defensa sin que cuente para nada la nacionalidad del agente, en los siguientes casos previsto por el artículo 2º, incisos 2 y 3 del Código Penal: los delitos contra la seguridad o la tranquilidad pública (títulos XII y XIV del Libro Segundo del CP), que afecte al Perú; los delitos contra el Estado y la defensa nacional (título XV), de los poderes del Estado y el orden constitucional o contra el orden monetario (Título X, Cap. II del CP).

V. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD

Según este principio, estamos frente a un supuesto excepcional de extraterritorialidad de la ley penal peruana, por la nacionalidad peruana del agente activo, a quien la ley peruana persigue por haber cometido delito en el extranjero, o a quien la ley peruana protege por ser peruana la víctima de un delito, cometido en su agravio, en el extranjero, por un extranjero.

Por lo expuesto, el principio de personalidad es activo o pasivo:

1. Principio de personalidad activa

Se da cuando por ser peruano al autor del delito, se le aplica la ley peruana (artículo 2º, inciso 4 del Código Penal), pero a condición de que se dé la doble incriminación, por ser delictivo el acto en ambos países. Además, es requisito que el delito cometido por peruano en el extranjero sea pasible de extradición, lo que supone que no se trate de un delito político, militar, ni perseguible a instancia de parte, así como tampoco de un delito contra la religión o la prensa.

Finalmente, el momento de la persecución será aquel en que el agente ingresa por cualquier motivo en el territorio de la República.

Consideramos un exceso de celo de la ley peruana, que debe ser básicamente territorial, castigar actos que afecten bienes jurídicos de extranjeros y en el extranjero, dado que es función de la ley penal proteger los bienes jurídicos de los nacionales y a los nacionales.

2. Principio de personalidad pasiva

Aquí de lo que se trata es que la ley peruana persiga al extranjero que delinque en el extranjero, en agravio de un peruano. Se tienen que dar las mismas condiciones previstas para el caso de la personalidad activa, es decir, que el delito en cuestión sea pasible de extradición, que exista la doble incriminación y que el agente ingrese al Perú por cualquier motivo.

Aquí, aun cuando parezca un exceso de celo legislativo –pues es de esperar y de hecho ocurre que la ley extranjera proteja a los extranjeros agredidos en su territorio–, no lo es tanto porque se trata de tutelar bienes jurídicos de peruanos.

VI. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Se aplica este principio por supuestos de hecho que de suyo constituyen una afrenta a la humanidad y contesta elementales sentimientos de probidad de los hombres, sea cual fuere el lugar que habitan.

Se trata de aplicar la ley penal del Estado en que se encuentra el sujeto activo que ha perpetrado un delito previsto y constitutivo además de una infracción al derecho de gentes. Tal es el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, estupefacientes, piratería, genocidio, terrorismo, crímenes de guerra, que resultan siendo delitos de lesa humanidad.

Se trata de unir a los Estados frente al crimen organizado que afecta a toda la humanidad.

El artículo 2º, inciso 5 del Código Penal recoge restrictivamente el instituto cuando establece que «la ley peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero cuando el Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales».

Cobo-Vives, sin embargo, plantean cierta cautela en la aplicación del principio universal habida cuenta la disparidad de las penas por países, para los tipos penales[403].

El Estatuto de Roma de 1998, del que el Perú es Estado parte, y que rige desde julio del año 2002, tipifica internacionalmente en su artículo 5º los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión, por lo que, independientemente de si se internaliza formalmente o no por el derecho interno[404]. Ya son de aplicación estos tipos penales internacionales por parte del Estado peruano, por formar parte estas normas del derecho interno.

La Corte Penal Internacional como organismo de personalidad jurídica internacional (artículo 4º), autónomo, de carácter permanente y facultada para juzgar subsidiariamente, en defecto del derecho territorial nacional, los crímenes de lesa humanidad.

VII. PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN

Se trata de una institución subsidiaria destinada a evitar que un delito perpetrado en el extranjero y por el cual el país extranjero inicia un trámite de extradición requiriendo la entrega del *extraditurus*, que concluye con una denegatoria del Perú, quede impune. En esta situación el Perú, como país requerido, juzgará conforme sus leyes al ciudadano extranjero, por *representación* del Estado requirente.

El fundamento de este instituto es el de la solidaridad internacional, y la ley peruana lo prevé en el artículo tercero que dispone que «la ley penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente en el Estado extranjero».

VIII. INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO EXCEPCIONAL DE EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL

Hemos visto como a la regla de la territorialidad de la ley penal, se le oponen las excepciones del artículo 2º (incisos 2, 3, 4 y 5) del

---

[403] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 169.

[404] La Comisión Revisora del Código Penal ha previsto incorporar en un libro tercero, todo lo concerniente a los delitos de lesa humanidad.

Código Penal; sin embargo hay tres situaciones en los que la intervención de la ley penal peruana no puede actuar aun cuando se den los supuestos de excepcionalidad tratados. Estos supuestos son previstos por el artículo 4º, incisos 1, 2 y 3 del Código Penal:

1. Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación: se refiere a que según la ley peruana o la del país en que se perpetró el delito, la acción penal se ha extinguido por prescripción.

2. Cuando se trata de hechos políticos o hechos conexos con ellos: se trata de casos en que el móvil del agente fue político, lo que puede resultar algo subjetivo para lo que la doctrina ha preferido precisar que objetivamente, se tiene por político un hecho cuando atenta contra la organización del Estado, su seguridad interna y su régimen constitucional[405].

   Subjetivamente será político un acto por las móviles del agente:

   Un tercer criterio, de naturaleza mixta, es aquel que entiende por político un acto de atentado contra la organización estatal u política, perpetrado por un agente con móviles políticos. Ejemplo claro del delito político lo tenemos en la rebelión o sedición.

3. Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena, o esta se halla prescrita o remitida: estamos ante la autoridad de cosa juzgada en cuyo caso el asunto queda claro.

   El Código Penal en el inciso bajo comentario, maneja tres hipótesis:

   a. Cosa juzgada propia, en la que el señalado fue absuelto.

   b. Cosa juzgada en que el señalado fue condenado y cumplió la pena a cabalidad o ha prescrito o ha ido remitido.

   c. Cosa juzgada en que el condenado cumplió la pena parcialmente.

---

[405] BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Código Penal anotado*, San Marcos, Lima, 1995, p. 124.

El tercer supuesto en el Código, es aquel en que el sujeto activo fue condenado y ha cumplido solo parte de la pena. En este caso concluyó el legislador peruano, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida.

Consideramos que esta previsión atenta contra el principio constitucional de cosa juzgada, en todo caso, y sin renovar proceso, puede el legislador exigir tan solo que se cumpla con la totalidad de la pena.

IX. LUGAR DEL HECHO PUNIBLE

Es previsible probabilísticamente hablando, que en un mismo lugar ocurra el hecho punible y su resultado. Cabe sin embargo, que la acción se produzca en un lugar y el resultado en otro, como cuando los atentados por correo o en los delitos de tránsito, en los que parte de la acción se realiza en el ámbito de vigencia de distintas leyes territoriales.

El Derecho moderno contempla tres soluciones posibles:

- ***Solución de la actividad.-*** Se considera lugar de la comisión delictiva aquel en que el autor realiza su acción. Debemos esta solución a Frank y se basa en el hecho de existir delitos de pura actividad, sin resultado, y porque además, la norma infringida es la del lugar de la realización.
- ***Solución del resultado.-*** Esta solución fue dada por von Liszt y consiste en señalar como lugar de la comisión del delito, aquel en que se produce el resultado.

  Se le objeta a esta solución el hecho de que el lugar del resultado puede ser de difícil determinación o estar en la hipótesis de una perpetración bajo incapacidad de culpabilidad y que no obstante el resultado, se dé recuperada la normalidad psicológica o alcanzada la mayoridad del agente.
- ***Solución de la ubicuidad.-*** Es Binding quien aporta esta solución por la que se reputa lugar de la comisión delictiva, tanto aquel en que se realiza el comportamiento previsto en el tipo como aquel en que se produce el resultado.

Con esta tesis se toma en cuenta el disvalor de la acción lo mismo que del resultado.

El artículo 5º de nuestro Código Penal recoge esta tesis de la ubicuidad cuando dispone que «el lugar de comisión de un delito es aquel en que el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos».

Esta solución resuelve el tema de los delitos a distancia o los de tránsito.

X. LA EXTRADICIÓN

Se trata de una institución de derecho interno que regula lo concerniente a «la entrega que un Estado hace a otro Estado de un individuo acusado o condenado, que se encuentre en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena»[406].

La extradición permite la justicia penal internacional pues gracias a ella se impide la impunidad de un fugitivo, es pues «un acto de asistencia jurídica internacional»[407].

Donnedieu de Vabres conviene en que la extradición «garantiza la ubicuidad de la represión en las relaciones internacionales»[408].

Son tres los actores en la extradición: el Estado requirente, el Estado requerido y el *extraditurus* como se le conoce al extraditable.

Regula lo concerniente a la extradición, además el artículo 109º de la Constitución, el Código Procesal Penal, Libro Séptimo, Sección II y los tratados internacionales (bilaterales y multilaterales).

Es fuente adicional de la extradición el principio de reciprocidad entre los países involucrados en el asunto concreto.

XI. FORMAS

La extradición puede tomar dos formas: activa y pasiva o de tránsito.

---

[406] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 884.

[407] Loc. cit.

[408] DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *Precis de Droit Criminal*, Dalloz, Paris, 1946, p. 445.

1. Extradición activa

Se da cuando el Estado requirente pide formalmente al Estado requerido y en donde se encuentre el *extraditurus*, que lo entregue a fin de aplicarle la ley del lugar de los hechos. Lo norma el artículo 525º, numeral 1 del Código Procesal Penal de 2004.

2. Extradición pasiva

Ocurre inversamente, cuando el Estado requerido entrega al *extraditurus*, al Estado requirente, aceptando la petición formal que se le ha hecho en ese sentido.

El *extraditurus* puede encontrarse en el país requerido en calidad de residente, turista o en tránsito, sin que ello afecte el procedimiento (artículo 516º del Código Procesal Penal), con la sola condición que exista cuando menos el auto de procesamiento con mandato de detención[409].

3. Extradición de tránsito

Ocurre cuando el *extraditurus*, por procedimiento de extradición seguido entre terceros países, está de paso por el Perú y se concede el permiso administrativo de tránsito.

XII. REEXTRADICIÓN

Llamada también extradición doble, es una segunda entrega del *extraditurus*, a un tercer Estado que, a su turno, lo requiere al Estado en cuyo territorio se halla el *extraditurus* en virtud de un procedimiento de extradición anterior y en el que operó la extradición activa.

XIII. FUENTES

Son fuente especial de la extradición, en primer término los tratados internacionales bilaterales o multilaterales, en los que usual-

[409] VALLE RIESTRA, Javier, *La extradición*, AFA Editores, Lima, 1989, p.39.

mente constan las condiciones, requisitos y material prohibitivo que da paso al proceso.

Luego las normas internas como el artículo 109º de la Constitución y el Libro Séptimo, Sección II del Código Procesal Penal de 2004, como hemos señalado.

En defecto de un tratado internacional, la extradición cabe excepcionalmente, en aplicación del principio de reciprocidad sin el cual no procede.

XIV. INADMISIBILIDAD DE LA EXTRADICIÓN

El artículo 517º, numeral 2 del Código Procesal Penal de 2004 establece en qué casos la extradición es inadmisible:

1. Si el Estado requirente no tiene competencia o jurisdicción para juzgar el delito.
2. Si el *extraditurus* hubiese sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado (artículo 517º numeral 2 inciso b).
3. Si el delito o la pena ha prescrito conforme la legislación del Estado requirente o del requerido.
4. Si el *extraditurus* hubiere de responder en el Estado requerido ante un tribunal de excepción (artículo 517º numeral 2 inciso d).
5. Si la pena con que se conmina el delito en el tipo penal, fuera inferior a un año de prisión (artículo 517º numeral 1).
6. Si el delito fuere puramente militar, contra la religión, de naturaleza política, de prensa u opinión. La índole típica del delito militar se revisará conforme el Código de Justicia Militar.
7. Por delitos perseguibles a instancia de parte, salvo los casos de estupro o violación.
8. Por delitos tributarios.
9. Por falta.

XV. PRINCIPIOS DE LA EXTRADICIÓN

Los principios rectores de la extradición se agrupan en atención a cuatro elementos: delitos, *extraditurus*, penas y materia del juzgamiento.

1. Principios en la extradición en atención al delito

a. *Identidad normativa.*- O doble incriminación, este principio determina que para la procedencia de la extradición, el delito debe serlo tanto en el país requirente como en el país requerido.

El delito debe estar tipificado en ambas legislaciones en el momento de la ocurrencia antinormativa, en aplicación del principio garantista de legalidad. Esta doble tipificación ha de referirse al material prohibitivo antes que al *nomen iuris* del tipo[410].

«En la ciencia, la opinión dominante considera el principio de la doble incriminación básico para el derecho de extradición»[411].

b. *El delito debe ser común.*- Conforme hemos anticipado el delito pasible de extradición debe ser común, no admitiéndose:

i) Los delitos militares desde la formulación que en este sentido hizo el Instituto de Derecho Internacional, Oxford, 1880.

Los delitos militares son los tipificados en el Código de Justicia Militar perpetrados en funciones (véase Decreto Legislativo Nº 961).

ii) Los delitos políticos son aquellos que atacan la organización del Estado a partir de criterios ideológicos antes que

---

[410] BUENO ARÚS, Francisco, «Nociones básicas sobre extradición», en: *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Nº 24, Madrid, 1979, p. 973.

[411] GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 114.

jurídicos, lo que excluye la legitimidad coercitiva del Derecho dado que no se pueden imponer ideologías[412].

El delito político entonces, y como ya ha sido dicho precedentemente, ataca objetivamente la organización del Estado y subjetivamente, el agente está motivado por causas político-sociales. Ejemplo: rebelión, sedición.

Se excluye del concepto de delito político el terrorismo, el magnicidio, el genocidio o crímenes de guerra, por tratarse de actos de barbarie que el derecho de gentes recusa.

2. Principio en la extradición en atención al *extraditurus*

Se exige un estudio de la persona y determinar si es nacional o si es militar.

a. *La extradición de los nacionales.*- El Estado peruano sí puede facultativamente entregar a sus nacionales (artículo 517º numeral 3 inciso a), lo que obviamente creemos discutible, y aunque para Valle Riestra «agravia la dignidad nacional y no es verdad que favorezca la justicia universal»[413], ello no es necesariamente cierto.

   Debió el Perú conservar el instituto de la no entrega de sus nacionales que consagraba la antigua ley de la materia, de 1888.

   Si el Perú optara en el caso concreto por la no entrega. deberá juzgar al solicitado, en lo que se da en llamar justicia por representación (*aut dedere aut punire*).

b. La extradición de militares.- Es uniforme en la doctrina el criterio de no admitir la extradición de militares, siempre que se trate de delitos militares. Se entiende que el militar refugiado en el país requerido no ofrece peligro pues su actividad merecedora la realizó en su territorio.

   Tratándose de crímenes de guerra o contra la paz y la humanidad, sí cabe la extradición por obligarlo las convenciones sobre genocidio de 1945.

---

[412] Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 116.

[413] VALLE RIESTRA, *La extradición*, cit., p. 60.

3. Principios en la extradición en atención a las penas

a. La acción penal no debe estar prescrita.- Significa que no debe haber prescrito ni la acción ni la pena conforme cualquiera de las legislaciones, tanto las del requerido como las del requirente. Lo dispone el artículo 359º del Código Bustamante y el artículo 517º, numeral 2, inciso c del Código Procesal Penal.

b. Que el solicitado no haya sido absuelto ni cumplido una condena.- Si el solicitado ya cumplió su condena no tiene objeto extraditarlo, y en todo caso no será justo. No cabe además conceder la extradición si el solicitado fue absuelto, indultado o amnistiado (artículo 517º numeral 3 inciso c del Código Procesal Penal).

c. Conmutación de la pena de muerte.- Si en el país requirente el delito se pune con la pena de muerte, es exigencia de la ley peruana que se obligue al Estado requirente no aplicar dicha pena de muerte, conmutándola con otra.

d. La no agravación de la pena por causa política.- En aplicación del artículo 517º numeral 3 inciso a, no puede el Estado requirente agravar la pena del delito que motivó la extradición, por concurrencia de móviles políticos, militares o religiosos.

4. Principio de extradición por la materia del juzgamiento

Se aplica conforme este principio la especialidad, de modo que no puede el Estado requirente juzgar al *extraditurus* por delito distinto de aquel que motivó la extradición, salvo expreso consentimiento del Estado requerido (artículo 520º, numeral 1 del Código Procesal Penal).

La Corte Suprema ha establecido la siguiente jurisprudencia en torno a los principios sobre los que cuales debe asentarse esta institución en el delito de terrorismo. Así, el tribunal supremo sostuvo que:

> «En cuanto respecta al delito de terrorismo, la extradición se sujeta a lo que disponen los tratados y las leyes internas de cada país, así como al principio de reciprocidad, con el

fin de ampliar la cooperación judicial entre los países; asimismo, debe tomarse en cuenta el principio de la doble incriminación, según el cual el delito que motiva la extradición debe ser punible tanto en el Estado requirente como en el requerido; sin que ello impida dejar a salvo el principio de la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, conforme a las reglas de orden constitucional, plenamente vigente en un Estado de Derecho» (Extradición Nº 5-2008-Lima, 21 de enero de 2008).

XVI. LA EXTRADICIÓN EN EL DELITO IMPRUDENTE

La ley peruana y los tratados bilaterales o multilaterales no disciernen entre delito doloso o culposo para el caso de la extradición, sin embargo, «en principio el derecho de extradición se refiere únicamente a los delitos intencionales»[414] y en este sentido se pronuncia Luis Jiménez de Asúa[415] y Antonio de Castro[416]. Por el contrario, Silva Melero se pronuncia por la extradicionalidad de los delitos culposos graves[417].

[414] GIMBERNAT ORDEIG,. *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 125.

[415] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. II, p. 945.

[416] DE CASTRO, Antonio, *Fundamento jurídico de la extradición*, Madrid, 1995, p. 34.

[417] SILVA MELERO, Valentín, «Extradición», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1958, T. IX, p. 388.

Capítulo VIII
ÁMBITO TEMPORAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO: I. Principio base de irretroactividad penal. **II.** La sucesión de las leyes penales. **III.** Retroactividad benigna. **IV.** Leyes temporales y excepcionales. **V.** Leyes intermedias. **VI.** Momento del hecho delictivo. **VII.** El caso de las leyes procesales en materia penal.

I. PRINCIPIO BASE DE IRRETROACTIVIDAD PENAL

Según este principio, la ley general es irretroactiva, es decir, rige obligatoriamente desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, salvo que la misma ley contenga una disposición expresa que postergue su vigencia en todo o en parte para un futuro. El artículo 109º de la Constitución Política de 1993, establece esta disposición.

La ley penal en particular surte sus efectos para el futuro por criterio garantista antes que por peculiaridades sociales del pasado, ya que el pasado puede ser el inmediato y en tanto tal, tener las mismas peculiaridades que se dan en el presente.

Es la ley penal irretroactiva salvo que resulte más favorable al reo. La norma penal que recoge este principio es el artículo 6º del Código Penal, que reza:

> *La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.*

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

Los hechos anteriores o posteriores a la norma penal no están comprendidos en ella, salvo la excepción de favorabilidad contenida en la retroactividad benigna o ultractividad benigna.

II. LA SUCESIÓN DE LAS LEYES PENALES

La sucesión de leyes penales en el tiempo genera los siguientes supuestos:

a. ***La nueva ley crea un delito:*** en este supuesto no cabe aplicar la ley a los actos determinados en el nuevo tipo, que se dieron en el pasado. Aquí el fundamento de la no retroactividad de la ley actual es el principio de legalidad, lo mismo que el de irretroactividad que reza *tempus regit actum.*

b. ***La nueva ley descriminaliza un acto:*** en este supuesto, un acto que resultaba prohibido es ahora permitido, por lo que por criterio de política criminal, resultaría absurdo mantener una consecuencia punitiva por actos que ahora no son ilícitos penales.

Aquí se aplica la retroactividad benigna por favorecerle al reo pues retrotraigo la ley actual –abolitiva– a los actos ocurridos con anterioridad a su vigencia, con lo que dejan de ser punibles, y se extinguen la pena impuesta y los efectos de esta pena. Así el artículo 7º del Código Penal reza que «si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho».

Estamos pues ante dos hipótesis:

- Puede el actor histórico estar en espera de proceso: aquí al retrotraerse la ley abolitiva ya no prospera el proceso y se libera al actor de consecuencia jurídica alguna por estos actos pasados.

- Puede haber quedado consentida una sentencia condenatoria: aquí, se retrotrae igualmente la ley abolitiva, liberando al actor histórico del cumplimiento de la pena.

c. ***La nueva ley varía la penalización en favor del reo:*** este supuesto lo regula el segundo párrafo del artículo 6º ya citado, y que establece que si estando en ejecución la sentencia, se dictare una ley más favorable al condenado, el juez habrá de sustituir la sanción impuesta por la que corresponde en la nueva ley.

III. RETROACTIVIDAD BENIGNA

El principio base de la irretroactividad de la ley penal se complementa con el de la retroactividad de la ley penal benigna que consagra el artículo 103º de la Constitución Política de 1993, que reza «ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

El punto entonces, es determinar cuándo una ley es más favorable que otra, habida cuenta que la benignidad puede afectar los plazos, las penas, los beneficios, los supuestos del hecho típico, la calidad del sujeto activo, atenuantes, agravantes, etc.

La tendencia aceptada por obvia, es que la favorabilidad se determina en función del caso concreto[418] como no podría ser de otro modo.

Hurtado Pozo resume el punto diciendo que «la ley más favorable, es aquella que aplicada al caso particular (*in concreto*) y en todas sus disposiciones (*in globo*) conduce en definitiva a un resultado más favorable al inculpado»[419]. Lo que no cabe es la combinación de leyes, pues el texto dice «la ley más favorable al reo», en salvaguarda del principio de unidad de la ley aplicable que sigue la ley peruana[420].

---

[418] LOGOZ, Paul, *Comentaire du Code Pénal Suisse. Partie générale*, Delachaux y Niestle, Neuchatel, París, 1976, p. 33.

[419] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 276.

[420] URQUIZO OLAECHEA, José, «Principio de combinación en el nuevo Código Penal», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 1, Lima, 1993, pássim.

El fundamento del instituto no es otro que de política criminal equivalente al que fundamenta la retroactividad benigna. Resultaría un despropósito seguir reprimiendo al agente con las consecuencias jurídicas propias de un modelo descartado, sin perjuicio de la garantía que prohíbe el exceso[421].

IV. LEYES TEMPORALES Y EXCEPCIONALES

Son normas provisionales destinadas a regir solo durante un tiempo determinado y en ellos se indican expresamente el plazo de su vigencia.

El artículo 8º del Código Penal regula lo atinente a estas leyes diciendo que «las leyes destinadas a regir solo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieran en vigor, salvo disposición en contrario».

Las leyes son temporales propiamente, cuando responden a necesidad de ciertos plazos en procura de un buen gobierno. Tal es el caso de leyes financieras, tributarias, policiales o incluso la de política criminal, como leyes penales premiales o de arrepentimiento terrorista, etc.

Las leyes son en cambio excepcionales, cuando se originan en exigencias súbitas y catastróficas por acto humano (rebeliones, guerras) o hechos de la naturaleza tales como: epidemias, catástrofes naturales, terremotos, maremotos, sequías, derrumbes, huaycos, lluvias torrenciales y fenómenos extraordinarios como el del Niño.

Las leyes excepcionales son instrumentos útiles de control social en circunstancias en que se hace necesario prevenir calamidades mayores o un desgobierno en la emergencia, favorecedor del caos social.

Con las leyes temporales y excepcionales queda claro que se consagra a costa del infractor, y en beneficio funcional de la sociedad, el principio de la ultractividad de la ley penal, pues vencido el plazo, sigue afectando a quienes actuaron dentro de él. El juzgamiento

[421] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 152.

incluso puede llevarse a cabo estando derogada por el paso del plazo, la ley incriminadora.

Con la institución bajo estudio quedaría sin efecto la retroactividad benigna a que se refiere el Derecho penal normal y más concretamente el constitucional pues si la ley temporal es más severa, fenecida su vigencia, no cabría aplicar la ley normal, y más benigna, retrotrayéndola al tiempo excepcional.

Stratenwerth al respecto dice que «la creación de normas jurídicas penales mediante la ley, está sometida, junto a las exigencias generales de constitucionalidad formal y material, a la prohibición de retroactividad y de preceptos penales indeterminados»[422].

Hasta este punto no hay problema, salvo por el hecho que el artículo 103º de la Constitución Política de 1993, consagra la prohibición de la retroactividad con la sola salvedad que favorezca al reo, cosa que en efecto ocurre tratándose de la ley normal de vigencia recobrada *versus* la excepcional más severa, lo que convierte en anticonstitucional la ultractividad maligna.

Como quiera entonces que las cosas son así, y resulta dudoso favorecer con la retroactividad benigna al autor calculadamente doloso de un injusto en tiempo excepcional, habría que reformar la Constitución Política en este extremo, de modo de no colisionar en caso alguno con el artículo 8º del Código Penal, cuando la ley excepcional, como es de esperar, resulte más severa que la norma ordinaria. El objeto de esta solución propuesta es no restarle eficacia funcional a la ley transitoria.

V. LEYES INTERMEDIAS

Con ocasión de la natural sucesión en el tiempo de distintas leyes penales, surge un conflicto de leyes cuando el delito se comete bajo la vigencia de una ley y entre ese momento y el juzgamiento, o incluso el del cumplimiento de la condena, surgen otras leyes –leyes

[422] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 30.

intermedias–, aquí se aplicará la que resulte más favorable al reo conforme hemos resuelto precedentemente.

VI. MOMENTO DEL HECHO DELICTIVO

La doctrina peruana y la disposición contenida en el artículo 9º del Código Penal, por influencia del Código Penal portugués, estima que el momento de la comisión de un delito es aquel en que el autor ha actuado lesionando el bien jurídico o poniéndolo en peligro. El legislador peruano tomó partido por la teoría de la acción lesionante.

No se toma en consideración la llamada teoría del resultado según la cual es en esta oportunidad –la del resultado– la del momento del hecho delictivo.

La teoría de la acción no es aquella en que se manifiesta la voluntad, pues ella se puede manifestar de muchas formas sin que se dé inicio a los actos ejecutivos, por lo que el momento de la acción será, como dice Maurach, «el de la actuación de la voluntad, determinado en caso de los hechos positivos, después del momento en que el autor cesó la acción típica, sea dolosa o culposa, en el caso de las omisiones, cuando cese para el autor el deber de actuar»[423].

Para el partícipe en cambio, el momento será aquel en que prestó su aporte, a condición de que se realice la acción principal. Maurach plantea que, «para cada partícipe debe comprobarse en forma separada el momento de la comisión»[424].

Para el caso de los delitos continuados, el tiempo de la acción se reputará del último acontecimiento delictivo.

En los delitos permanentes el tiempo contempla el lapso –inicial final– del acto.

La consecuencia de la determinación del *tempus delicti comissi* es plural, pues en ese momento habrá de evaluarse una serie de situa-

[423] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 199.

[424] Ibídem, p. 200.

ciones que van desde el estado de competencia del autor, hasta el del tema de la prescripción.

VII. EL CASO DE LAS LEYES PROCESALES EN MATERIA PENAL

Es dominante en la doctrina que las leyes procesales, por ser de orden público, lo mismo que por regular procedimientos actuales, rigen desde su puesta en vigencia, no admitiéndose en estas materias, temporalidad benigna o maligna.

Sin embargo, cuando la ley procesal restringe derechos no rigen retroactivamente.

Capítulo IX
LEY PENAL CON RELACIÓN A LOS CARGOS

SUMARIO: I. La inviolabilidad. II. Inmunidad. III. Antejuicio.

La ley penal es igual para todos los ciudadanos. Este es el principio merced al cual nadie puede ser objeto de discriminación y todos gozan de la misma tutela penal.

La Constitución peruana reconoce esta garantía en el inciso 2 del artículo 2. La ley peruana lo recoge en el artículo 10º del Código Penal.

A esta regla de igualdad ante la ley penal se le oponen excepciones personales, nacidas del Derecho constitucional lo mismo que del internacional que fija límites a la intervención del Derecho penal para el caso de ciertas personas en razón de su importante cargo político dentro de la organización del Estado, para la vida política[425].

La Constitución peruana de 1993, limita la intervención de la ley penal para las personas: del Presidente de la República, los congresistas, los ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema de Justicia, el defensor del pueblo y al contralor general de la República.

---

[425] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 252.

Las prerrogativas establecidas por el Derecho peruano son tres: inviolabilidad, inmunidad y antejuicio.

I. LA INVIOLABILIDAD

El tenedor de este privilegio no puede ser punido, no es responsable. El artículo 93º de la Constitución Política, segundo párrafo, dice de los congresistas de la nación que «no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones.

«Se trata de la exclusión de toda responsabilidad por los hechos punibles que hubieran podido cometer con dichas manifestaciones»[426] con lo que se tutela la libertad de expresión tan importante a la función parlamentaria.

Se hace extensivo este derecho a los miembros del Tribunal Constitucional quienes por disposición del artículo 201º de la Constitución gozan de las mismas prerrogativas que los congresistas y el defensor del pueblo por lo dispuesto en el artículo 161º de la Constitución Política.

En cuanto a la naturaleza jurídica, Jescheck y Cobo-Vives plantean que se trata de una causa personal de exclusión de pena[427]. Para Zaffaroni se trataría de una causa de atipicidad[428].

El Derecho internacional establece la inviolabilidad de los jefes de Estado extranjeros y su séquito (artículo 297º del Código Bustamante y el Tratado de Montevideo de 1940), embajadores y ministros plenipotenciarios (Convención de La Habana sobre funcionarios diplomáticos del 20 de febrero de 1928, artículo 19º y Código Bustamante, artículo 298º) y Fuerzas Armadas extranjeras (Código Bustamante, artículo 299º y Tratado de Montevideo de 1940).

---

[426] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 75.

[427] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 249; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 50.

[428] ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 185.

Una excepción lo da el Estatuto de Roma para la violación de derechos humanos, pues a estos efectos su artículo 27º lo prevé.

II. INMUNIDAD

Esta prerrogativa alcanza a ciertas personalidades por razón de su cargo, y por ella no pueden ser procesadas o presas.

Gozan de inmunidad el Presidente de la República; los congresistas de la Nación y los miembros del Tribunal Constitucional y el defensor del pueblo pues según el primer párrafo del artículo 161º de la Constitución «goza de las inmunidades y de las mismas prerrogativas de los congresistas».

El Presidente de la República, conforme el artículo 117º de la Constitución, «solo puede ser acusado, durante su periodo, por traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, con la salvedad del artículo 134º –cuando el congreso ha censurado a dos Consejos de Ministros– y por impedir su reunión o funcionamiento o las del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral».

El presidente, mientras dura su mandato es inmune –pero no inviolable– pues solo puede ser acusado por delitos previstos por el artículo 117º de la Constitución. Para serlo por otros delitos tendría que haber concluido con su mandato o vacar en el cargo conforme el artículo 113º de la Constitución, inciso 2 (incapacidad moral o física declarada por el congreso), inciso 3 (aceptación de su renuncia por el congreso), inciso 4 (salir del territorio nacional sin permiso del congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado), o inciso 5 sobre destitución (como consecuencia de la acusación por las causales del artículo 117º de la Constitución), o haber sido suspendido por las causas previstas en el artículo 114º de la Constitución (incapacidad temporal declarada por el congreso o hallarse sometido a juicio por las causales del artículo 117º de la Constitución).

La inmunidad de los congresistas, miembros del Tribunal Constitucional y del defensor del pueblo, opera como un obstáculo pro-

cesal a la jurisdicción penal, pues no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente desde que sea elegido hasta un mes después de haber cesado, salvo el caso de flagrancia en cuya hipótesis son puestos a disposición del Congreso o la Comisión Permanente a fin que autorice el juzgamiento.

III. ANTEJUICIO

Se trata de una prerrogativa procesal por la que ciertos funcionarios son previamente enjuiciados fuera de sede judicial o sometidos a ley distinta.

Gozan de este privilegio: el Presidente de la República, los congresistas, los ministros de Estado, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, el defensor del pueblo, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos y el contralor general.

El instituto del antejuicio lo regula el artículo 99º de la Constitución Política y se dispone en él, que corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso a los funcionarios mencionados precedentemente, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas. El procedimiento lo contempla además del precitado artículo 99º, la Ley Nº 26231 y la Resolución Legislativa del Congreso Nº 014-2000-CR que con fecha 18 de enero de 2001 modifica el artículo 89º del Reglamento del Congreso de la República.

Segunda Parte

Capítulo X
LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto y definición primaria del delito. III. Definición moderna del delito. IV. Sistemas para el análisis del delito como estructura compleja. 1. Sistema causal. 2. El sistema neocausalista. 3. Sistema finalista. 4. Sistema funcionalista. V. Sistemas tripartito y bipartito. 1. Sistema tripartito clásico. 2. Sistema bipartito.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría general del delito comprende un conjunto de proposiciones sistemáticas organizadas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del hecho punible.

La teoría del delito es, entonces, un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuencial del delito como conducta humana compleja e inaceptablemente transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa.

Desde luego, su carácter abstracto persigue, como toda teoría que se precie de tal, una finalidad práctica consistente en facilitar la determinación precisa del universo de conductas que son ciertas e inconfundiblemente contrarias al orden jurídico-social, cuantificar la intensidad de la contrariedad y aplicar con enérgica prudencia la contingencia sancionadora que el Estado liberal y democrático de Derecho, tribunales de justicia mediante, considere oportuno y necesario conforme determinada racionalidad político-criminal.

En este orden de ideas «la teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito»[429].

Las peculiaridades de cada evento criminal son materia de estudio de la parte especial del Derecho penal, llamado catálogo de delitos y penas. Sin embargo, todos esos eventos tienen propiedades comunes, siendo las primeras y más evidentes de estas propiedades, ser conductas humanas y estar anticipadas en el aludido catálogo. De estas propiedades comunes da cuenta pues, como bien dice Muñoz Conde, la teoría del delito, cuerpo organizado y sistemático de conocimiento que se comprende en la parte general del Derecho penal, y sirve de instrumento a la interpretación y racionalidad jurídica[430].

En términos de Cobo del Rosal y Vives Antón, «nace la teoría jurídica del delito como sede en la que se han de formular las proposiciones generales que pretenden y debieran tener virtualidad para todas las hipótesis delictivas. Su naturaleza es, en consecuencia, abstracta y generalizadora»[431].

La filosofía del Derecho es materia principal de la dogmática jurídico-penal como disciplina que se ocupa de la interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal[432].

II. CONCEPTO Y DEFINICIÓN PRIMARIA DEL DELITO

Desde el punto de vista jurídico, que es el único que en este trabajo nos compromete por lo demás, el concepto primario del delito se puede asimilar al de su precisión formal que no es otra que «toda conducta que el legislador sanciona con una pena»[433].

---

[429] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1990, p. 1.

[430] COING, Helmut, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 266.

[431] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 192.

[432] ROXIN, *Derecho penal. Parte general. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 192.

[433] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 2.

El artículo 11º del Código Penal peruano de 1991, del Título consagrado, precisamente, al hecho punible, nos dice que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. «En este concepto se condensa lo que se entiende globalmente por digno de represión o por merecedor de pena»[434], pero poco dice de su índole distintiva.

Se asimila además el concepto sintético del delito, al de su origen etimológico, forma supina del verbo delinquir, *delinquere*, que significa, desviarse, resbalar, abandono de una ley[435].

Con criterio puramente jurídico se han dado igualmente definiciones exitosas, así tenemos la tan conocida definición de Carrara para quien el delito «es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso»[436].

El mismo maestro de Pisa explica su definición eticista diciendo que «un acto se convierte únicamente en delito cuando choca con la ley del Estado con lo que distingue entre esta ley –del Estado– y la 'ley divina' o la 'ley moral', que '[es] promulgada a los ciudadanos, porque sin ello no sería obligatoria'; que 'es para proteger la seguridad', pues el delito lo que lesiona no es otra cosa que la seguridad pública; que 'se trata de un hecho externo, porque las opiniones, deseos y pensamientos se sustraen al dominio de la ley penal'; que 'se dice del hombre, porque solo él puede ser sujeto activo del delito'; que 'es acto positivo o negativo, para abarcar acciones y omisiones'; que 'consta que ha de estimarse moralmente imputable, porque el hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral, y la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política'; que 'se aña-

---

[434] BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1989, p. 69.

[435] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. III, p. 21.

[436] CARRARA, Francesco, *Programma del corso di Diritto Criminale*, Florencia, 1924, Nº 21, p. 60.

de la fórmula políticamente dañoso, para explicar la idea del daño mediato además del inmediato'»[437].

Una definición igualmente primaria, de índole empirio-naturalista la tenemos en Rafael Garófalo, quien define el delito diciendo de él que «es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad»[438].

En el concepto de ofensas al sentimiento aludía a males causados a la vida, salud física o moral en las personas. Con el concepto de probidad se trataba las agresiones al patrimonio.

El positivista italiano Enrico Ferri, desde una concepción sociocriminalista sostiene que, «el delito legal consiste en que un hombre (sujeto activo), ofende a otro (sujeto pasivo), violando un derecho o un bien (objeto jurídico), que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material), mediante una acción psíquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado»[439].

III. DEFINICIÓN MODERNA DEL DELITO

A partir de esta definición del carácter que estamos reseñando, formal y germinal que dará origen a las definiciones modernas, se encuentra la da Franz von Liszt para quien el delito es «un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena»[440].

Para Antolisei, el delito es 'todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia una pena'[441].

---

[437] CARRARA, *Programma del corso di Diritto Criminale*, cit., Nºs 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31.

[438] GARÓFALO, Rafael, *El delito como fenómeno social*, Analecta, Pamplona, 2004, p. 30.

[439] FERRI, Enrico, *Principios de Derecho criminal*, Reus, Madrid, 1993, p. 364.

[440] VON LISZT, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 254.

[441] ANTOLISEI, Francisco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Utea, Buenos Aires, 1960, p. 125.

Para Delitala, delito será «un hecho (humano) antijurídico y culpable»[442].

Para Mezger, es delito «una acción típica, antijurídica y culpable»[443], con lo que entramos de lleno a las definiciones modernas del delito.

Entre las definiciones modernas más conocidas tenemos la de Luis Jiménez de Asúa, quien lo conceptúa como, 'un acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella'[444].

El mismo maestro español se encarga de analizar la definición que ofrece diciendo con toda elocuencia que con el término 'acto' «se abocan la acción y la omisión; que ha de ser típicamente antijurídico, para que desde el primer instante quede proclamado el ligamen entre lo típico y lo injusto, ya que la tipificación se hace ante el indicio y para la concreción de lo contrario al Derecho, y el injusto punible es solo lo que está tipificado en la ley; que enunciamos la cualidad de imputable, que ha de reunir el acto, pues imputable es la acción del hombre y no el sujeto actor como ordinariamente se dice, porque es el presupuesto de la culpabilidad; y se incluyen las condiciones objetivas de penalidad porque a veces figuran como requisito de la conminación punitiva. Se afirma que ha de estar conminado con una pena, porque la conminación penal es uno de las más constantes caracteres específicos del delito»[445].

Cobo del Rosal y Vives Antón definen el delito como «un hecho humano típicamente antijurídico, culpable y punible»[446].

Para el profesor colombiano Juan Fernández Carrasquilla, «delito es un injusto culpable, un acto antijurídico realizado típicamen-

---

[442] DELITALA, Giacomo, *Il fatto nella teoría generale del reato*, Padua, 1930, p. 30.

[443] MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 156.

[444] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. II, p. 63.

[445] Loc. cit.

[446] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 431.

te dentro de los límites de la responsabilidad subjetiva»[447] y añade el autor que «lo determinante son los paradigmas o la descripción en la ley de los modelos abstractos o figuras delictivas mediante la técnica delictiva de la tipificación»[448].

IV. SISTEMAS PARA EL ANÁLISIS DEL DELITO COMO ESTRUCTURA COMPLEJA

Analíticamente tenemos que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, descartándose la punibilidad de la conducta, «porque en realidad, ella no es parte del delito, sino que constituye su consecuencia»[449].

De cualquier forma, la anotación es que el delito se compone de elementos singulares cuya presentación y estudio facilitan el entendimiento de cuestiones relativas al dolo, culpa, error, etc.

De estos elementos singulares del delito, reviste particular importancia el comportamiento humano lesivo de determinados bienes jurídicos que la parte especial del código estima y valora objetivamente de determinada manera, por lo que puede válidamente conceptuarse que toda construcción teórica del delito es en definitiva teoría del comportamiento humano lesivo. «De ahí la relevancia del delito como acción y no como expresión reprochable de la personalidad del agente o síntoma de su peligrosidad»[450].

Es necesario entonces, optar por determinado sistema o constructo teórico de la acción, para manejar con coherencia las otras categorías singulares del delito como son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad pues, «solamente a través de acciones es que se contraría el orden jurídico [...] de suerte que la libertad

---

[447] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 163.

[448] Loc. cit.

[449] TAVAREZ, Juárez E. X., *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 1.

[450] Ibídem, p. 6.

de cada ciudadano [...] no se puede limitar, únicamente porque su mentalidad o voluntad se desvíe de la ley penal»[451].

Debe, en suma, entenderse que el delito no es una abstracción, sino una conducta humana transgresora de una previsión creada por el legislador para tutelar determinados bienes jurídicos y son sus rasgos distintivos la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Sin embargo, de lo dicho, según se conceptúe la conducta humana transgresora, de cara a criterios ónticos naturalísticos (causalismo y finalismo) o se esté de cara a un criterio axiológico y normativo (funcionalismo), aparecerán los sistemas unitarios explicativos del delito, siendo las más caracterizadas las siguientes[452]:

1. Sistema causal

Conocido también como el sistema naturalista Liszt-Beling-Radbruch, propone por influencia del positivismo de finales del siglo XIX, una concepción natural y mecánica de la acción humana sin reparar en el contenido de esta acción, ni en las implicancias valorativas de la misma. La conducta se antoja valorativamente neutra y reducida a un movimiento corporal voluntario no reflejo, y modificador del entorno. «El delito fue definido como acción (= comportamiento dominado por la voluntad), típica, antijurídica y culpable»[453].

La voluntariedad de la acción, la distancia de la coacción, lo mismo que de la fuerza física irresistible.

Al concepto de acción se le asocia el resultado, entendiéndose este como la modificación del mundo exterior con lo que se estable-

---

[451] FEUERBACH, *Lehrbuch des strafrechts*, Berlín, 1957, p. 90, citado por TAVAREZ, *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, cit., p. 7.

[452] SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 43, menciona cinco épocas en la elaboración del sistema penal y son: 1) el naturalismo; 2) el neokantismo, con su renormativismo; 3) el punto de vista de la totalidad (Ganzheitliche Betrachtongsweise) que cae en un irracionalismo; 4) el finalismo; y 5) el funcionalismo (Zweckrationalismus).

[453] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 44.

ce relación causal comparable a la del mundo de la naturaleza, de donde, en suma, fluye, que la misma relación de causalidad pertenece a la naturaleza.

«La causalidad asume de esta forma, aspectos enteramente objetivos»[454], y el concepto mismo resulta naturalístico, crítico y mesurable.

La acción no se considera tal o hay ausencia de acto cuando:

- Se trata de actos reflejos instintivos ajenos a la voluntad.
- Actuaciones bajo hipnosis.
- Fuerza física externo irresistible.

El concepto de tipo en el sistema causal es una de sus más importantes contribuciones, pues supervive en toda otra concepción del delito.

«En efecto, el tipo es entendido básicamente como una descripción objetiva y neutra del desarrollo de una conducta prevista en la ley penal, y en la que cumple papel preponderante, el movimiento del agente y el resultado»[455].

Dicho en términos de Schünemann, «a la tipicidad de una acción pertenecía exclusivamente el suceso externo (descriptible físicamente), relatado por el legislador en los concretos tipos delictivos de la parte especial que se concebían descriptivamente»[456].

El caso de la tentativa inidónea (homicidio imposible de quien dispara sobre un cadáver), resulta punible en el modelo causalista debido a que la teoría de la equivalencia de condiciones no era capaz de distinguir al inicio el acto, entre tentativa peligrosa y la no peligrosa.

Las consecuencias en el sistema causalista, de la teoría de la participación es más impactante. En efecto, el concepto causal de acción bajo el prisma objetivo de la equivalencia de causalidad no dis-

---

[454] TAVAREZ, *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, cit., p. 18.

[455] Ibídem, p. 21.

[456] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 44. Cfr. BELING, Ernst von, *Die lehre von verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 7.

cierne entre autor y partícipes, pues en el mundo exterior, el de los hechos naturales, así sucede. En último término, para el causalismo no tiene sentido alguno todo el asunto teórico de la posición de garante.

El causalismo inicial, contenido en el tratado de von Liszt de 1889 adelanta el paso, al comenzar del siglo XX, una nueva versión remozada del mismo gracias a la influencia crítica del neokantismo que relanza la tesis según la cual del ser no deriva un deber-ser, es decir, que con un método de análisis empírico-naturalista no resulta viable encontrar un criterio normativo para valorar la realidad. De este hecho conocido como la 'falacia naturalista', se advertía entre otra consecuencia que como «del hecho de la causalidad no cabe derivar el juicio de valor relativo a la imputación jurídico-penal del resultado, en el plazo sistemático se construye erradamente un sistema concebido predominantemente a base de conceptos empíricos»[457].

En cuanto a la antijuridicidad y a partir de los estudios de von Ihering, se afirma la 'antijuridicidad objetiva', al contrastar el hecho típico con las normas jurídicas, planteando que «el hecho típico es antijurídico cuando contradice a las normas jurídicas»[458]. Como vemos, «únicamente la antijuridicidad constituía un cuerpo extraño de naturaleza normativa en el seno del sistema»[459].

Es con von Liszt que se prevé las causas permisivas de la conducta de modo que «la antijuridicidad estaría afirmada con la ausencia de causas de justificación»[460]; donde surgen dos consecuencias:

i. No admitir elementos subjetivos en las causas de justificación, de modo que estas deben verificarse objetivamente. El elemento claro es que en la legítima defensa es irrelevante que el agente sepa o no que se defienda legítimamente.

ii. Es otra consecuencia, la irrelevancia del error de prohibición, pues en el sistema se entrecruzan lo antijurídico objetivo y lo culpable subjetivo.

---

[457] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 48.

[458] TAVAREZ, *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, cit., p. 23.

[458] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 48.

[460] TAVAREZ, *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, cit., p. 23.

En cuanto a la culpabilidad, el sistema causalista integra dentro de esta categoría, todos los elementos psicológicos existentes en el autor en el momento del hecho, destacándose particularmente el dolo y la culpa como modalidades nucleares de responsabilidad. Al lado de estos elementos centrales se tiene la imputabilidad.

Como causa de inculpabilidad figura el estado de necesidad.

El causalismo con su definición naturalista del delito como «acción típica, antijurídica y culpable» se mantiene estable con el paso del tiempo, lo mismo que con la arremetida de otros sistemas, merced al concepto de causalidad como determinante del tipo, lo que encorsetó la tipicidad impidiendo su desarrollo y reduciendo su entidad a la simple causación de la lesión a un bien jurídico «con lo que ya no estaba en condiciones de dar entrada a las discrepancias de valoración establecidas en la pluralidad de situaciones sociales de conflicto y de asimilarlas a través de una completa diferenciación conceptual»[461].

Toda la teoría del delito imprudente queda con el causalismo, en un estado de raquitismo, pues recién con los aportes del postfinalismo de Claus Roxin y del normativismo funcionalista de Jakobs, se desarrolla en auxilio del delito imprudente, la teoría normativa de la imputación objetiva que hace intervenir piezas tan valiosas como la del incremento de riesgo, ámbito de tutela de la ley penal.

2. El sistema neocausalista (criterio óntico-naturalístico)

Debemos a Edmund Mezger el hecho de nutrir el sistema clásico, de consideraciones valorativas de inspiración kantiana. Se construye así, el causalismo normativo o valorativo, o neocausalismo.

La tesis filosófica neokantiana parte de que los hechos de la naturaleza y todo lo concerniente a los objetos de estudio de las ciencias de la naturaleza adquieren importancia para el Derecho penal solo cuando son valorados normativamente[462].

---

[461] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 45.

[462] Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 227.

En esta nueva etapa del causalismo, se le normativiza, pues en efecto se entinta de normativismo la antijuridicidad y la culpabilidad.

La antijuridicidad a diferencia de como se plantea en el sistema Liszt-Beling-Liszt, como categoría meramente formal, en el causalismo normativo se incide en una 'antijuridicidad material, de lo que derivan consecuencias importantes ya que, definida la antijuridicidad esta vez como comportamiento socialmente dañoso, permitió el desarrollo de la pieza que enerva la antijuridicidad, como son las causas de justificación.

En la categoría sistemática de la culpabilidad ocurre otro tanto cuando se reemplaza el concepto psicológico de culpabilidad, por uno de carácter normativo con lo que es posible recién ahora, dar cabida a las causas de exculpación, lo mismo que a la culpa inconsciente (en la que lo que está ausente es exactamente la relación de agente con el resultado).

Asimismo el causalismo normativo permite, adoptar en una misma categoría sistemática –la culpabilidad– piezas que en el causalismo naturalista inicial estaban dispersas, tales como la imputabilidad, el dolo, la imprudencia y las causas de exclusión de culpabilidad[463].

3. Sistema finalista

Subyacen al sistema finalista dos presupuestos filosóficos básicos:

i. Ónticamente el mundo se organiza con arreglo a finalidades.

ii. Todo fenómeno se explica básicamente, por el fin al cual se orienta.

El primer presupuesto está referido a la naturaleza per se del cosmos. El segundo, es epistemológico y comporta una teoría del conocimiento. De estos dos presupuestos se construye el método finalista para la elaboración de una teoría del delito.

De remota factura aristotélica primero y escolástica después, el finalismo en su fase incipiente resulta confundida con la teología

(463) SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 51.

pues, «al identificarse finalidad con causalidad, se parte básicamente del principio de que quien imprime la primera causa es Dios, y el universo en su totalidad, está subordinado a un fin único, que es Dios»[464].

Es con posterioridad con el idealismo moralista kantiano y el idealismo racionalista hegeliano, que el finalismo como concepción filosófica se independiza de la teología.

Para el kantismo existe la realidad del universo organizado en torno a un fin, y una teoría del conocimiento que facilita la aprehensión de los fenómenos, pues permite integrar una explicación mecanicista y al mismo tiempo finalista de estos fenómenos.

Es con Nicolai Hartmann que el kantismo se refleja plenamente. Es en las categorías del ser que propone Hartmann, que se discierne aquello de que «la acción humana solo puede ser comprendida como algo final, algo que necesariamente persigue, desde su aparición, y aun antes de ella, un determinado objetivo, extraño a la propia conducta»[465].

Hartmann dice que, «el hombre tiene: 1º la facultad de previsión, 2º la facultad de la predeterminación, que es idéntica a la facultad de la actividad dirigida a fines, 3º la libertad y 4º el don de la vista para los valores, un órgano del valor; es decir, que puede ver lo que puede suceder y lo que no debe suceder, independientemente de que suceda en efecto»[466].

En el campo del Derecho, von Weber, Graf zu Dohna y Hans Welzel dan las primeras muestras del finalismo. Weber ya anticipa en la acción un proceso dirigido, lo que permite incorporar el dolo en el tipo penal.

Es con Welzel que el finalismo jurídico alcanza su madurez y se concibe el delito como acción típica, antijurídica y culpable, a la manera como ocurre en el sistema causalista, «no obstante, toda la es-

---

[464] TAVAREZ, *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, cit., p. 54.

[465] Ibídem, p. 55.

[466] HARTMANN, Nicolai, *Introducción a la Filosofía*, Universidad Autónoma de México, México, 1969, p. 111.

tructura del delito se encuentra comprometida seriamente con la concepción finalista de la conducta. Es así, que el punto fundamental de diferencia y estructuración entre ambos sistemas está dado indiscutiblemente en la teoría de la acción»[467].

El finalismo y el causalismo comparten entre sí, como hemos anticipado, un concepto naturalístico y óntico de la acción.

Por lo pronto, la acción, antes que un simple impulso, es un comportamiento integral constituido de elementos objetivos y subjetivos referidos a los ámbitos cognitivo (interno) y conativo (externo) de la conducta, en orden a un fin o *telos*, o propósito, pues a decir de Welzel «la acción es el ejercicio de la actividad finalista»[468].

El desarrollo de la conducta pasa primero por lo que podríamos llamar anticipación de meta. En segundo lugar, ocurre la realización fáctica de la conducta anticipada previamente y que se actualiza como final.

Son ricas y variadas las consecuencias sistemáticas del modelo. En él, el resultado no forma parte de la acción, es más bien un elemento del tipo en el que se prevé su realización que necesariamente comporta el resultado. Consecuencia de este esquema es la ausencia de delito cuando no se da resultado (en los delitos de resultado, desde luego).

En la omisión Welzel plantea que «la diferencia entre acción y omisión radica esencialmente en el plano de la conducta: en la primera hay ejercicio efectivo de una actividad dirigida a un fin, en la última, hay un no-ejercicio de una actividad final posible»[469].

En cuanto al tipo, el finalismo lo concibe como 'acción tipificada', constitutiva del material de la prohibición, y no puede permanecer por más tiempo reducido a la descripción de un proceso objetivo (del mundo exterior), sino que había de aprehender tam-

---

[467] TAVAREZ, *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, cit., p. 57.

[468] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 53.

[469] Ibídem, p. 52.

bién la estructura final de la acción humana, elemento específico de la tipicidad. Así se produjo el reconocimiento de la existencia de un 'tipo subjetivo', que aparecía junto al 'tipo objetivo'[470].

Surgen así, conforme el finalismo, tipos dolosos, culposos y omisivos, pudiendo ser estos últimos igualmente dolosos y culposos.

En los delitos dolosos, el tipo, conforme los dos aspectos de la acción, se desagrega en tipo objetivo y tipo subjetivo, representativos cada uno de ellos, de los aspectos externos y observables de la conducta y el interno, psicológico y finalista, de la misma.

Respecto de la culpabilidad en el finalismo, esta se reduce a un juicio de reproche sobre el agente por haber podido evitar la realización del tipo penal, por tener capacidad para ello y por tener al propio tiempo conciencia del injusto. «Así, cabe distinguir dentro del nivel sistemático de la culpabilidad, los elementos de la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad y la inexigibilidad»[471].

La antijuridicidad, para Welzel, «es la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no solo con una norma aislada)»[472] y en tal sentido «la realización antijurídica del tipo atenta contra el orden valioso en que consiste la vida social tal y conforme lo ha dado el ordenamiento jurídico»[473], de aquí surge la autonomía de la causa de justificación como norma permisiva, frente al tipo, como norma prohibitiva.

En el caso de los delitos imprudentes, el finalismo permite advertir que el autor no dirigió su conducta a preservar el bien jurídico, con lo que se nutre el tipo con la figura del deber de cuidado, como sinónimo de «no puesta en práctica del cuidado final requerido, protector del bien jurídico»[474].

---

[470] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 55.

[471] Ibídem, p. 56.

[472] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 60.

[473] Loc. cit.

[474] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 55.

Una posición finalista extrema la representa el subjetivismo de Zielinski, para quien el concepto de injusto, además de comprender el resultado (disvalor del resultado) y el injusto personal (disvalor de acción), «elabora una doctrina del injusto referida puramente a la prohibición y la acción. En ella, el resultado (la lesión del bien jurídico) conserva únicamente el significado de condición objetiva de punibilidad y el prototipo del injusto se sitúa en la tentativa inidónea»[475].

Para Zielinski la justificación opera con la sola representación que se haga el agente de la situación justificante «con lo que la legítima defensa y estados de necesidad putativos serían verdaderas causas de justificación»[476].

Argumenta Zielinski que «en todo caso de existencia de elementos subjetivos de justificación –sea con o sin error– siempre y necesariamente la consecuencia será la de la exclusión del dolo»[477].

4. Sistema funcionalista (criterio axiológico normativo)

Conforme al primer momento de este sistema, se mira la acción con un criterio social siendo así que Jescheck nos dice que la acción es una «conducta humana socialmente relevante»[478].

El sistema sintetiza sus precedentes causalistas y finalistas y pretende sintonizar el concepto de acción con el Derecho penal como cuerpo normativo.

Se está ante una conducta socialmente relevante cuando el medio social resulta afectado como consecuencia de ella, tal es el caso de conductas realizadoras del tipo penal.

Es clave en el sistema de Jescheck, la estructura del injusto. El tipo comprende toda la prohibición menos las causas permisivas, con

---

[475] Ibídem, p. 63.

[476] TAVAREZ, *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, cit., p. 71.

[477] ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, traducción de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 267.

[478] JESCHECK, Hans Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1972, p. 168.

lo que se distancia el concepto de injusto total, propio de la teoría de los elementos negativos del tipo[479].

Una variante posterior del sistema social lo da Schmidhäuser, para quien no existe en el derecho un concepto superior de acción sino uno de la aplicación de la pena justa[480].

Schmidhäuser interpreta que lo fundamental en la teoría del delito es el injusto y la culpabilidad descomponiendo el dolo de modo que su componente volitivo corresponde al injusto y sus momentos intelectivos a la culpabilidad[481], con lo que regresa al sistema neoclásico.

En la culpabilidad, Schmidhäuser plantea dejar de lado el dogma del libre albedrío como presupuesto del reproche y dar paso a criterios normativos y axiológicos de cara al bien jurídico lesionado.

En el caso del dolo, para Schmidhäuser, este comprende la conciencia actual del acto, recorriendo todos los elementos del tipo y la conciencia actual de la índole antijurídica del acto.

Entre los autores más recientes tenemos a Claus Roxin, cuyo afronte es el de la política criminal con lo que siguiendo a Schmidhäuser se deja de lado cualquier concepto superior de acción pues es irrelevante fuera del sistema normativo de la tipicidad. El tipo comprende la acción esperada conforme la norma.

En Roxin, la culpabilidad debe ser vista a la luz de los fines de la pena de donde surge que no importa tanto que el autor pueda haber actuado de manera distinta a como lo hizo conforme lo exige el

---

(479) Como se sabe, la teoría de los elementos del tipo defendida por Merkel desarrolla hasta el límite la concepción neokantiana. Así, si el tipo es un juicio de valor no ha de serlo provisionalmente sino definitivamente; de suerte que «la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad» (MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 130).

(480) SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, Mohr, Tübingen, 1971, p. 145.

(481) ROXIN, *Derecho penal. Parte general. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 205, citando a Schmidhäuser.

finalismo, sino que, según criterios político-criminales, el autor debe ser castigado por su realización y la responsabilidad que ello implica.

> «De tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena»[482].

En el modelo de Roxin se rechaza, como en Schmidhäuser y más atrás Radbruch, todo concepto superior de acción.

La sujeción de la culpabilidad a la finalidad preventiva de la pena[483] en Roxin conlleva que, «la exclusión de culpabilidad no debe vincularse a la imposibilidad de actuar de otra manera, sino a la ausencia de una necesidad preventivo-general o preventivo-especial de la pena» con lo que de paso se margina todo el problema filosófico del libre albedrío.

Posiciones más recientes y acaso de un funcionalismo más avanzado lo tenemos en Jakobs, para quien hay que refundamentar jurídica y no ontológicamente la teoría del delito y el método dogmático en general[484].

En efecto, dice Jakobs que «la dogmática penal ontológica se quiebra, y ello más radicalmente de lo que nunca se ha constatado conscientemente. No solo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros situada a inferior nivel de abstracción), a los que la dogmática penal ha atribuido siempre expresamente una esencia o –más descoloridamente– una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión del Derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional»[485].

---

[482] Ibídem, p. 204.

[483] SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, cit., p. 64.

[484] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 69.

[485] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. IX.

El funcionalismo jurídico de Jakobs se basa en los aportes sociológicos de Niklas Luhmann para quien «la función del Derecho deberá entenderse como reducción concluyente y sancionadora de la complejidad social en el dominio de las expectativas de conducta interhumana»[486] y en concordancia derivada con la tesis de Amelung que renuncia al concepto de bien jurídico[487].

Para el sistema funcionalista jakobsiano, el Derecho penal no tutela bienes jurídicos, sino fundamentalmente la vigencia de normas y del Derecho, por lo que la propuesta es eminentemente normativista y coherente además con la debilidad del concepto mismo de bien jurídico del que Rudolphi dijo «constituye uno de los conceptos que aún presentan una considerable falta de claridad»[488].

> «La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado»[489].

El bien jurídico, entonces, pasa a ser «bien jurídico penal cuya esencia tiene que ver con las expectativas normativas esenciales frente a la decepción»[490] y siempre de cara al mantenimiento de la configuración social y estatal que garantice las mínimas expectativas del ciudadano en el adecuado funcionamiento de la vida social.

Siempre con Jakobs lo que interesa al Derecho no es la lesión de un bien como la vida en el homicidio, sino «la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable»[491]. Como en el caso de los

---

[486] LUHMANN, Niklas, *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Sur, Buenos Aires, 1973, p. 125.

[487] Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 350.

[488] RUDOLPHI, Hans Joachim, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», traducción de Enrique Bacigalupo, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4, Buenos Aires, 1975, p. 329.

[489] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 44.

[490] Ibídem, p. 45.

[491] Ibídem, p. 46.

delitos patrimoniales, «el bien jurídico penal, no es la cosa ajena o la relación del propietario con su cosa como unidad funcional de acciones y satisfacción de necesidad, o para la consecución de fines, sino la validez del contenido de la norma de que debe protegerse la sociedad»[492].

En suma, para Jakobs, «un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica»[493] y a partir de ello puede decirse del bien jurídico que «es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica»[494].

Finalmente, decir que lo distintivo en Jakobs es su postura y defensa firme del modelo epistémico funcional y su distanciamiento de toda modalidad ontologista, en procura de una tesis empirista[495] sociológica funcionalista.

En el Perú, además de nosotros, siguen a Jakobs, José Antonio Caro John[496] y lo critica agriamente Carlos Caro Coria[497].

V. SISTEMAS TRIPARTITO Y BIPARTITO

1. Sistema tripartito clásico

El sistema clásico von Liszt-Beling-Radbruch del delito, es el tripartito por definirlo a partir de sus tres categorías constitutivas: tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad. Este esquema rige hasta nuestros días y es

---

[492] Ibídem, pp. 46 y s.

[493] Ibídem, p. 50.

[494] Ibídem, p. 58.

[495] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 70.

[496] CARO JOHN, José Antonio, *Causalidad e imputación. Lineamientos de una dogmática jurídico-penal normativista*, Tesis de Abogado, UNMSM, Lima, 1996, pássim; ÍDEM, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, pp. 5 y ss., pássim. Se inscribe también en esta línea GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, pp. 21 y ss., pássim.

[497] CARO CORIA, «Sobre la modernidad del bien jurídico penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs», cit., pp. 137 y ss.

dominante en la doctrina[498] más allá de las variantes que puedan haber afectado a cada uno de sus compuestos a lo largo del tiempo, y más allá de si se da o no un mismo nivel de abstracción e importancia entre ellos.

El presupuesto gnósico de este sistema es ontológico clasificatorio, esto es que, desde una posición más empírica que valorativa, resulta igualmente importante la conducta típica del autor, como si dicha conducta se opusiera al orden jurídico culpablemente.

2. Sistema bipartito

Para este modelo, el punto de partida tiene que ser valorativo, de modo que las categorías que integran el concepto del delito tienen una valoración de cara a los fines del Derecho penal y en torno al hecho lesivo de los bienes jurídicos.

Dos son los juicios de valor fundamental que se hace de un hecho desde el punto de vista jurídico penal: 1) que es contrario al orden jurídico y 2) que el hecho es atribuible a un autor[499].

Desde esta perspectiva entonces, el delito está básicamente constituido por la antijuridicidad y la culpabilidad, siendo la tipicidad en cambio, una instancia menos diferenciada pues ciertamente «a la constatación de la tipicidad se le asignan funciones prácticas y heurísticas en orden a la obtención del injusto penal»[500].

Dicho en términos de Hirsch, «los partidarios de la construcción bipartita, pretenden fundir tipicidad y antijuridicidad de un solo escalón valorativo, niegan que exista un escalonamiento de valoración jurídicamente relevante entre la cuestión de la tipicidad y la antijuridicidad»[501].

---

[498] Se trata desde luego de la doctrina influida por la dogmatica alemana desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, en países como Austria, Suiza, Países Bajos, Grecia, Portugal, Dinamarca, Noruega, España. Los sistemas anglosajones, francés e italiano son diferentes (nota del autor).

[499] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 375.

[500] Loc. cit.

[501] HIRSCH, Hans Joachim, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 20.

Capítulo XI
EL COMPORTAMIENTO HUMANO

SUMARIO: I. El comportamiento humano (acción). 1. Responsabilidad sin hecho. 2. Responsabilidad por la actitud interna. II. Titular del comportamiento. III. Ausencia de comportamiento. 1. La fuerza física irresistible. 2. Conducta refleja. 3. Estados de inconsciencia.

I. EL COMPORTAMIENTO HUMANO (ACCIÓN)

El Derecho penal nace de la conducta humana que pretende regular, seleccionando de un universo indeterminado un número preciso de conductas, previstas como tipos penales en la parte especial del catálogo penal, que el legislador las considera relevantes desde el punto de vista jurídico-penal, por transgredir normas protectoras de determinados bienes, o para prevenir el daño social que determinada racionalidad político-criminal ha decidido tutelar. «Se confirma que la delimitación de este concepto –de acción– no puede obtenerse de la estructura lógica-objetiva del concepto de acción sino de condicionamientos de la función de las normas penales»[502]. Jescheck afirma que «acción es, por ello, comportamiento socialmente relevante»[503].

Rodríguez Mourullo nos dice que «la característica esencial del delito 'acción' (en sentido lato, equivalente a conducta humana) en-

---

[502] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 160.

[503] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 201.

cuentra su correlato en las categorías legales de 'acción' (en sentido estricto, equivalente a actuar positivo) y de 'omisión' (dejar de hacer algo esperado) que son las dos formas que puede presentarse el comportamiento humano»[504].

A estas conductas previstas en la ley como tipos penales, se les califica como antijurídicas y culpables para constituirse en delictivas[505].

Como quiera que el Derecho penal moderno es de acto y no de autor, el Derecho peruano, en consecuencia con ello, se construye sobre la base de conductas constitutivas de realizaciones externas y observables de los tipos penales.

La ventaja inmediata de un Derecho penal de acto es que garantiza un límite y un control en la intervención punitiva del Estado.

Nos dice Muñoz Conde que «de la concepción del Derecho penal como Derecho penal de acto se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzca en actos externos»[506].

Así, Santiago Mir Puig (1996) nos dice que, «en un Estado social y democrático de Derecho solo es lícito prohibir penalmente comportamientos externos y no meramente mentales»[507].

La conducta humana que interesa al Derecho penal es tanto la comisiva consistente en «un hacer» como la omisiva consistente en un «no hacer», pues con ambas modalidades, igualmente externas, se puede realizar los tipos penales. Jakobs utiliza el concepto de acción como causación evitable del resultado y el de omisión como no

---

[504] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 543.

[505] Ya en el siglo pasado, el hegeliano Berner basa el concepto de delito en la acción (cfr. RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, J. Guttentag, Berlín, 1904).

[506] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 10.

[507] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 161.

evitación evitable de un resultado[508]. Así, el artículo 11º del Código Penal peruano, menciona las acciones y omisiones como constitutivas de faltas o delitos. «De allí que tenga sentido estudiar la problemática general del comportamiento humano antes de considerar las distintas clases de tipos»[509].

La conducta humana, como realidad compleja, es indistintamente aludida en el Derecho penal como 'acción', 'acto', 'hecho', y en cualquier caso comprende tanto las acciones propiamente dichas como las omisiones, pues la 'acción' es el *supra* concepto que comprende ambas modalidades, con el necesario añadido de que esta conducta para alcanzar el significado correspondiente en el Derecho penal debe ser consciente, voluntaria y orientada en determinado sentido, dirección o fin.

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, discípulo de Jakobs, sostiene, en concordancia con lo que veníamos de decir, que «en los delitos de organización, la acción y la omisión son equivalentes, y por lo tanto, tampoco puede existir diferencia alguna en cuanto a las reglas que se apliquen para resolver la intervención comisiva u omisiva»[510].

Nos dice Jakobs que en la comisión concurren impulsos conscientes o inconscientes conducentes a la formación de un motivo para ejercitar el movimiento corporal correspondiente al resultado y que en la omisión, se produce un hecho que no se habría producido si el autor se hubiere motivado a impedirlo, actuando como corresponde y añade que «si se equipara evitabilidad y acción y se define acción como un suceso diferenciador entre un hacer y un omitir con independencia de cuál de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción y la acción es un *supra* concepto que abarca tanto la comisión como la acción»[511].

---

[508] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 177.

[509] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 153.

[510] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 14.

[511] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 175.

El carácter necesariamente direccional de la conducta humana, hace que esta se manifieste por fases o etapas: fase interna y fase externa. La primera de ellas –la fase interna– comprende una conducta anticipatoria de meta, no observable de inmediato. Se trata de acontecimientos psicológicos que se suceden en el ámbito cognitivo lo mismo que en el motivacional. El sujeto en esta instancia elige los medios y la oportunidad y acaso se suma cierto estado emocional.

En su fase externa, la conducta se manifiesta objetivamente imprimiendo un cambio en el mundo externo, procurando la meta.

El Derecho penal valora ambas fases como cuando se está en la realización de un tipo con tendencia interna trascendente (v.gr., el asesinato para ocultar otro delito), pero siempre que se haya producido la modificación del mundo externo pues *cogitatione poenam nemo patitur.*

Hay casos, sin embargo, en que se vulnera el llamado principio de acto o principio del hecho, según el cual la activación del sistema de control penal solo puede darse con ocasión del hecho externo excluyéndose la posibilidad de que el hecho sirva de coartada para reprimir estilos de vida, condiciones de ánimo o personalidad asocial del autor.

Los casos vulnerantes del principio del hecho son: a) responsabilidad sin hecho; b) responsabilidad por la actitud interna.

1. Responsabilidad sin hecho

Tal cosa ocurre cuando no concurre la culpabilidad. Hay dos modalidades:

i. ***Responsabilidad por hecho presunto.-*** Ocurre cuando en la ejecución de un acto delictivo, a los presentes que no participaron en él, se les imputa la responsabilidad si no probaran que se opusieron. Otra hipótesis es la de imponer que el miembro de una banda por su sola membresía, actuó en el caso concreto.

ii. ***Responsabilidad por hecho de otro.-*** Conocida como *vicarious liability*[512], esta antigua modalidad consiste en atribuir obli-

[512] Cfr. FITZGERALD, P.G., *Criminal law and punishment*, Oxford, 1962, pássim.

gaciones y en hacer responsables a los jefes por los delitos particulares cometidos por sus subordinados en una operación delictiva mayor, aunque conste que dichos jefes no participan en esas actividades; por ejemplo, en una rebelión se producen violaciones cuyos autores no han podido ser individualizados. Aquí, según lo que revisamos, responderán los jefes de tales latrocinios aunque conste que no participaron en ello[513]. Actualmente tenemos el caso del artículo 28º del Estatuto de Roma que prevé la omisión del mando.

2. Responsabilidad por la actitud interna

Contra el principio de un Derecho penal que da cuenta de actos externos, la responsabilidad por la actitud interna implica castigar «síntomas de la voluntad rebelde del autor persiguiendo su personalidad asocial»[514]. Las modalidades son:

i. ***Hechos carentes de lesividad.-*** Aquí se pune los casos de tentativa inidónea, como el del homicidio imposible de quien dispara sobre un cadáver creyendo erróneamente se trata de un humano vivo.

   Atenta el instituto contra el principio de lesividad contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano, lo mismo que contra el principio de legalidad.

ii. ***Estados peligrosos.-*** Aquí de lo que se trata es de hacer intervenir al derecho penal frente al autor, potencialmente peligroso.

II. TITULAR DEL COMPORTAMIENTO

Solo el humano, individualmente considerado, es capaz de tener un comportamiento jurídico-penal relevante, si entendemos por esto la realización voluntaria, inteligente, con propósito y bajo responsabilidad social, de conductas adaptativas al medio externo. Que-

---

[513] Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 271.

[514] Loc. cit.

dan excluidos entonces de la titularidad comportamental los animales, las cosas y las personas jurídicas.

Cuando se habla del comportamiento organizacional, ello está referido a desarrollos institucionales y a conductas colectivas vistas desde el punto de vista socio-administrativo, empresarial o corporativo.

Asimismo, cuando se está frente al comportamiento social o colectivo, teniendo relevancia sociológica, psicológica o antropológica, no resulta ser el comportamiento al que alude la teoría del delito, por lo menos hasta su desarrollo actual.

Nos dice con razón Muñoz Conde que «desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual»[515].

Respecto de la responsabilidad de las colectividades en la historia, se tiene que en Roma se defendió la tesis de la *societas delinquere non potest*, que negaba la responsabilidad de las sociedades. En la Edad Media, sin embargo, «se admitió la responsabilidad *ficta* de las personas jurídicas»[516]. Bartolus de Saxoferrato, posglosador penal, construye una fingida capacidad delictiva de la *universitas*[517].

A finales del s. XVIII, se retorna a la posición negatoria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con Feuerbach y Malblanc[518].

A mediados del siglo XIX aparece la 'teoría de la realidad' de Gierke, para quien la persona jurídica, a manera de un organismo, existe con cerebro (gobierno), sistema nervioso (comunicaciones), células (individuos), etc., y existiendo discordancia entre las voluntades de la persona integrante del organismo, con el organismo mis-

---

(515) MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 15.

(516) JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 300.

(517) RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 391.

(518) Loc. cit.

mo, la persona jurídica, debía responder por sus actos, por ser el verdadero sujeto del delito[519].

Von Liszt defiende en Alemania la tesis de la responsabilidad de las personas jurídicas haciendo famosa su frase de que «quienes pueden concluir contratos pueden concluir también contratos fraudulentos o usurarios»[520].

Debemos admitir, sin embargo, que en la Europa continental la tendencia dominante se pronuncia por la no responsabilidad criminal de las personas jurídicas a partir del fundamento de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas «que impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica»[521].

En concreto, las personas jurídicas no son responsables penales por lo de *societas delinquere non potest*, lo que no equivale a la impunidad o impasibilidad del derecho frente al eventual abuso económico, ecológico, monopólico, financiero, en que pudieran incurrir.

En este supuesto responden sus directivos o gestores instrumentalizadores de la compañía, por el instituto del «actuar por otro» que el Código Penal peruano de 1991 recoge en su artículo 27º, inspirándose en el Código alemán (parágrafo 14 StGB), con lo que se evita la impunidad de los instrumentalizadores de la corporación.

Hubiese sido de desear que la fórmula tomara en cuenta la reforma penal española de 1983, en cuyo artículo 15º comprendió no solo la representación de personas jurídicas, sino la de 'otro' en alusión a las personas naturales. El actual Código español de 1995, en su artículo 31º reguló el punto conforme la aludida reforma penal.

Debemos advertir que el tema no es pacífico. En Inglaterra, Francia, Holanda, Portugal y EE.UU. existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de entidades colectivas y todo por razones pragmáticas.

---

[519] Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 153, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 170.

[520] Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. II, p. 300 (nota 4).

[521] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 172.

III. AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO

El elemento jurídicamente fundamentador del comportamiento humano es la voluntad, si esta falta, no existe comportamiento desde el punto de vista jurídico, aunque si se dé desde un criterio psicofisiológico. Verificada la voluntariedad del acto, solo bastará saber si dicho acto es típico[522].

Tres son los estados o situaciones excluyentes de comportamiento, a saber: a) la fuerza física irresistible, b) la conducta refleja y c) la conducta inconsciente. Veamos:

1. La fuerza física irresistible

Se comprende en este supuesto todo estímulo externo al agente, que le imprime a su cuerpo un movimiento involuntario, no reflejo y no direccionado o, por el contrario, le impone forzadamente la inmovilidad.

El estímulo externo puede ser de cualquier índole (humano, natural o animal, etc.). El ejemplo puede ser el de quien es empujado sobre otra persona a quien hiere. La fuerza física irresistible vemos que es incompatible con la acción, pues el que la sufre actúa sin voluntad alguna.

Es menester distinguir entre la fuerza absoluta que incide físicamente sobre el cuerpo del forzado, de la vis moral, que no mueve al cuerpo aunque si la mente, por lo que el hecho atañe antes que a la acción, a la tipicidad o culpabilidad según el caso, como veremos más adelante.

La naturaleza irresistible de la fuerza debe ser tal que suprima por completo la voluntariedad, pues «la superación de la vis exige la aplicación de un considerable esfuerzo y el juicio calificado de la irresistibilidad de la fuerza pasa por atender a la personalidad concreta del que sufre la vis»[523].

---

[522] Ibídem, p. 180.

[523] CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 332.

En la práctica, es remoto que la fuerza física irresistible esté prescrita en los delitos comisitos, pues quien puede doblegar la voluntad del otro compeliéndolo físicamente a desarrollar un movimiento corporal, puede hacerlo por sí mismo. En el caso del delito omisivo la cosa cambia pues es más factible que se impida al garante actuar en salvaguarda del bien jurídico.

El Código Penal peruano en el artículo 20º, inciso 6, regula lo concerniente a la ausencia de comportamiento por fuerza física irresistible. Dice la citada norma que: «está exento de responsabilidad penal el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de tercero o de la naturaleza».

Baste comentar al respecto, que el legislador confunde responsabilidad o culpabilidad con ausencia de acción que enerva la tipicidad. Debió proceder como cuando omite regular los actos reflejos que no constituyen eximente alguna por innecesaria, ya que enerva la acción.

2. Conducta refleja

Este tópico comprende el conjunto de disposiciones filogenéticas e innatas del organismo, adecuadas a su supervivencia y reguladas por el sistema nervioso superior y el bulbo raquídeo «que controla muchos procesos fisiológicos fundamentales del organismo, como respiración, frecuencia cardíaca, constricción y dilatación vascular, deglución y vómito»[524]. Se trata en suma, de conductas reflejas y «los reflejos son una respuesta natural y automática a un estímulo determinado (...) los reflejos congénitos, comunes a todos los hombres, se llaman reflejos absolutos o incondicionales y los adquiridos como resultado de la experiencia, se denominan reflejos condicionados»[525].

De cara al Derecho penal, no actúa o no se comporta el que opera reflejamente, sea que la respuesta refleja es incondicionada o condicionada.

---

[524] VILLE, Claude, *Biología*, Eudeba, Buenos Aires, 1961, p. 406.

[525] Loc. cit.

Si por un reflejo patelar o rotuliano o uno de apartamiento, el agente causara lesión o daño en una persona o cosa, no habrá delito por ausencia de un primer elemento: el comportamiento o acción.

Lo mismo ocurre en el supuesto de reflejos erráticos provenientes de una enfermedad nerviosa como la epilepsia o el mal del cólera, etc., o los vómitos o convulsiones, ya que v.gr., «al sujeto que, víctima de una convulsión deja caer de sus manos y rompe un jarrón de porcelana que le mostraba al coleccionista, no puede imputársele un delito de daños por faltar la acción»[526]. No se consideran actos reflejos las llamadas 'reacciones en corto circuito o reacciones explosivas' de probable origen neuroepileptoide que afectan antes que el acto humano, la imputabilidad.

3. Estados de inconsciencia

No se da acción desde el punto de vista jurídico-penal, cuando el protagonista se encuentra en estado de inconsciencia natural, por sueño o sonambulismo, o en estado de inconciencia inducida por sustancias tóxicas diversas.

No es pacífica la posición frente a la hipnosis o estados sugestivos intensos, en el sentido de si dichos estados pueden excluir la acción. Domina la tesis que niega esta situación (escuela de París), frente a la tesis que la afirma (escuela de Nancy). Nosotros suscribimos la tesis de la escuela de París, pues la sugestión que ofrece la vida es más intensiva que la sofrológica episódica, terapéutica o lúdica.

El caso del sueño sobrevenido durante la conducción de un vehículo automotor o de cualquier otra nave que requiere piloto, a causa del cual se produce un accidente, ha sido resuelto por la doctrina atendiendo a los actos previos en la imprudencia de quien debió desistir de seguir conduciendo al primer indicio de modorra[527].

---

[526] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978, p. 231.

[527] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 193.

La jurisprudencia nacional estableció el siguiente precedente en un supuesto de ausencia de acción:

> «Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta la voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del Derecho penal cuando ha sido causado fortuitamente!» (Ejecutoria suprema del 18 de septiembre de 1998, Exp. Nº 3019-98)[528].

[528] CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2007, p. 15.

Capítulo XII
LA TIPICIDAD Y EL TIPO

SUMARIO: I. Estructura del tipo. 1. Conducta típica. a. Fase objetiva. b. Fase subjetiva. 2. Sujetos. 3. Objetos. II. Clases de tipos. 1. Por la modalidad de la acción. a. Los tipos de resultado y los de mera actividad. b. Tipos de acción y de omisión. c. Tipos de medios determinados y resultativos. d. Tipos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos. 2. Por los sujetos. a. Tipos de dominio del hecho y de infracción de deber. b. Tipos de mano propia. c. Tipos de autoría y participación. 3. Por el bien jurídico. a. Tipos de lesión. b. Tipos de peligro. III. Elementos del tipo. 1. Elementos descriptivos. 2. Elementos normativos. IV. Funciones del tipo. 1. Función garantista. 2. Función indiciaria. 3. Función educadora.

El comportamiento humano para resultar delictivo tiene que reunir los caracteres descritos en algún o algunos de los supuestos paradigmáticos contenidos en el catálogo de delitos y penas. A estos supuestos paradigmáticos de conducta, se les conoce como tipos penales, y la adecuación de la conducta humana concreta a dichos tipos, es conocida como tipicidad. «La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal»[529].

El tipo como modelo conductual preestablecido en la ley penal, «es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal»[530]. Dicho en

---

[529] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 39.

[530] Loc. cit.

términos de Welzel, «tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida»[531] o más concretamente, «tipo es la materia de la prohibición, de las prescripciones jurídico-penales»[532].

En este orden de ideas, resulta claro que el total de tipos penales considerados por el legislador en el catálogo, son las únicas conductas o supuestos de hecho que tienen relevancia jurídico-penal, de donde surge que el tipo cumple una función seleccionadora de conductas pues de un universo indeterminado de ellas, solo aquellas convertidas en tipo por voluntad del legislador, tienen relevancia penal.

Siendo que una conducta para resultar relevante de cara al Derecho penal, debe estar contenida como tipo en el catálogo penal, el tipo desempeña una función garantista –principio de legalidad– ya que solo las conductas que se adecuen a él, son las que presumiblemente serán sancionadas penalmente.

Como quiera además que el tipo es la materia de la prohibición y de las prescripciones, conforme hemos dicho citando a Welzel, es de esperar, y de hecho el legislador espera, que cumpla una función motivadora, es decir, que sirva de estímulo intimidatorio al ciudadano a fin que se inhiba de transgredir la norma (prohibitiva o imperativa) contenida en él, lesionando el bien jurídico concreto.

El profesor Bustos Ramírez desde una perspectiva ideológica particular, conceptúa que el tipo y la tipicidad giran en torno del bien jurídico, entendido este como «una fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica»[533] pues según él, informa de la vida social y de cómo la sociedad organizada valoriza determinados contactos o relaciones objetos, «por eso la tipicidad, al recoger en los tipos las formas por medio de las cuales el sujeto se vincula, lo hace en la totalidad de su contenido: social, psíquico y físico»[534], de donde se desprende, siempre citando a Bustos

---

[531] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 45.

[532] Loc. cit.

[533] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 155.

[534] Ibídem, p. 158.

Ramírez, que «el tipo legal no solo describe acciones u omisiones, sino que es la descripción de un ámbito situacional determinado y la tipicidad, consecuentemente, es la configuración en la realidad de esa descripción»[535].

En efecto, cada tipo penal del catálogo penal nos describe una hipótesis compleja de situación: en el homicidio, se mata a otro; en el parricidio, se requiere de una preexistente relación paterno-filial; en el tipo patrimonial, la cosa ajena; en la estafa, el montaje escénico, etc.

De todo lo dicho, se desprende que el tipo tiene diversa estructura y composición pues es compleja la situación que representa, como revisaremos más adelante, mientras tanto veamos los antecedentes:

Históricamente el tipo (*Tatbestand)* como concepto se origina en la teoría procesal del *corpus delicti* que se refería a los signos y manifestaciones externas de un delito y sugería un proceso para su investigación o para indagar qué es lo que ha ocurrido.

Con el tiempo, el centro de gravedad se desplaza del interés procesal por conocer lo que ha ocurrido, al interés material por saber cómo valoran jurídico-penalmente, lo ocurrido. «aquellos hechos que juntos determinan el concepto de una determinada clase de delitos conforman el tipo»[536]. Se trata pues de un tránsito del hecho específico al de una clase de hechos, como Feuerbach anticipaba cuando definía el tipo diciendo de él que, «es la totalidad de los elementos de una determinada acción o hecho que están contenidos en el concepto legal de una determinada clase de acción antijurídica»[537]

Posteriormente, con Beling, el tipo se independiza del concepto genérico de delito y lo sitúa en un punto anterior al de antijuridicidad y culpabilidad, al definir el delito como una «acción típica, antijurídica y culpable subsumible en una conminación pe-

---

[535] Loc. cit.

[536] KLEIN, Ernst Ferdinand, *Grundsätze des Gemeinen deutschen und Preuzischen peinlichen Rechts*, 2ª ed., Hemmerde & Schwetschke, Halle, 1799, Nº 68.

[537] FEUERBACH, Paul Johann Anselm von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847, Nº 81.

nal ajustada a ella, que realiza las condiciones de la conminación penal»[538].

Por su parte, Jakobs nos dice que «el conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso es tolerable en un contexto de justificación, se denomina tipo de injusto»[539].

I. ESTRUCTURA DEL TIPO

El tipo penal consta de cuatro elementos:

1. Conducta típica

La conducta típica, por tratarse de una índole humana, comprende una fase objetiva y otra subjetiva. El enunciado paradigmático conductual del que trata el tipo penal comprende estos aspectos: el que actúa –aspecto conativo–, el que piensa –aspecto cognitivo–, y el que siente –aspecto emotivo–.

a. Fase objetiva

Comprende la conducta susceptible de ser objetivada por un verbo rector (matar, hurtar, etc.). Describe los aspectos que deben ser visibles en un tipo, a título de tentativa, cuando se dio inicio al ataque o puesta en peligro del bien jurídico o a título de consumación cuando en efecto se produjo el daño o se puso ciertamente en peligro el bien jurídico.

b. Fase subjetiva

Aquí se toma en cuenta la voluntad del actor –elemento emotivo– y su conciencia de actuación –aspecto cognitivo– para los delitos dolosos; para los culposos, la insuficiencia de conciencia de la peligrosidad del acto[540].

---

[538] BELING, *Die lehre von verbrechen*, cit., p. 7.

[539] JAKOBS, *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 191.

[540] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 197.

Hay supuestos de subjetividad específicos como el ánimo de lucro en el hurto o el conocimiento del vínculo, en el parricidio.

2. Sujetos

En un tipo penal existe un sujeto activo constituido por el agente que realizó el tipo penal y que en términos generales puede ser cualquier persona. Hay situaciones sin embargo, en que el tipo exige una cualidad especial en el agente, tal es el caso del parricidio en el tipo penal del artículo 107º del Código Penal o del infanticidio en el artículo 110º, del mismo cuerpo de leyes.

El sujeto pasivo es el titular del derecho atacado, o del bien jurídico que tutela la ley y puede ser la persona física, la persona jurídica, el Estado o incluso una pluralidad cualquiera de personas.

De este punto se desprende que el sujeto pasivo puede ser persona distinta de aquella sobre la cual recae la acción del sujeto activo. En el caso del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, evidentemente coinciden ambos sujetos –la víctima del ataque con el titular del bien jurídico–. En la estafa, en cambio, puede el ardid haber sorprendido a una persona distinta de aquella que sufre el despojo patrimonial.

Respecto del perjudicado ocurre otro tanto, en el sentido que puede serlo una persona o entidad diferente del sujeto pasivo, como los familiares de una víctima de homicidio. Es en atención a este hecho que se constituyen en parte civil [541].

3. Objetos

Tenemos objeto material del delito y objeto jurídico. El primero es aquel sobre el que recae la acción típica y puede ser persona o cosa, como en el homicidio y hurto respectivamente. El objeto jurídico viene a ser el bien jurídico que se tutela; la propiedad en el hurto; la vida en el homicidio; el honor en la injuria.

---

[541] Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 127.

> «Los bienes jurídicos no aparecen como objetos aprehensibles del mundo real. Son por definición valores ideales (inmateriales) del orden social sobre los que descansa la armonía, el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad»[542].

Debe advertirse que no es de fácil constatación el que en todo tipo penal exista un bien jurídico tutelado, pues a veces se construyen para imponer modos de vida o criterios morales[543].

II. CLASES DE TIPOS

Según la posición que adoptan los elementos del tipo, estos se clasifican de diversas maneras:

1. Por la modalidad de la acción

a. Los tipos de resultado y los de mera actividad

Se distinguen porque en los primeros es necesario que a la acción le suceda un resultado «separable espacio-temporalmente de la conducta»[544]. Esta separación témporo-espacial entre la acción y el resultado (como modificación del mundo externo), no se exige en los tipos de mera actividad pues no se requiere resultado, habida cuenta que el tipo se realiza y consuma con la sola actividad del agente.

Ejemplo del tipo de resultado es el homicidio del artículo 106º del Código Penal.

Ejemplo del tipo de mera actividad lo tenemos en el allanamiento ilegal a que se refiere el artículo 160º del Código Penal.

---

[542] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 127.

[543] Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1984, p. 166.

[544] Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 129; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 200.

Tanto los tipos de resultado como los de mera actividad pueden configurarse como delitos instantáneos, permanentes y de estado, según que de ellos «se tenga un estado antijurídico de cierta duración»[545].

Un caso de delito instantáneo se presenta en el homicidio o en las lesiones cuya consumación se da cuando se produjo el resultado.

Un caso de delito permanente lo tenemos en el secuestro mientras dure.

Un caso de delito de estado, que aun cuando sea de antijuridicidad duradera, la consecuencia tiene fecha cierta, pues el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento[546], tal es el caso del artículo 429º del Código Penal relativo a la omisión de declaraciones en la expedición de documentos para defraudar la fe pública, o el caso del artículo 431º relativo a certificado médico falso. O el caso paradigmático de la bigamia del artículo 139º del Código Penal.

La distinción a la que se refiere este punto es importante para los efectos de la prescripción, entre otras cosas (complicidad, tiempo del delito, actualidad de la causa de justificación, etc.).

b. Tipos de acción y de omisión

Hemos dicho que hay un tipo de acción cuando la realización de una conducta está prohibida. En cambio, existe un tipo penal de omisión cuando el tipo exige intervenir ordenando determinada conducta que la ley considera adecuada a la defensa de determinado bien jurídico.

Como se ve, la distinción clásica entre acción y omisión a partir de la modalidad activa o pasiva del comportamiento, por ser naturalístico y prejurídico, se la sustituye por la de carácter normativo a partir de normas prohibitivas y las imperativas.

---

[545] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 202.

[546] Loc cit.

A su turno, los delitos de omisión pueden ser de omisión propia o pura o de omisión impropia o de comisión por omisión, según estemos ante la hipótesis simple de un no hacer, no obstante la obligatoriedad nacida de tipo específico como el caso de la omisión de auxilio, del artículo 127º del Código Penal, o que la hipótesis sea la de una inhibición tendente a producir el resultado típico (v.gr., artículo 125º).

c. Tipos de medios determinados y resultativos

Aquí se describe en el tipo de medios determinados el *modus operandi* del autor, cuya voluntad se manifiesta de determinado modo; por ejemplo: robo agravado por el empleo de la violencia, crueldad, empleo de armamento, con abuso de incapacidad física de la víctima, etc., propios del artículo 189º del Código Penal.

En los tipos resultativos lo que cuenta es el resultado, independientemente del modo; por ejemplo: el homicidio.

d. Tipos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos

En este acápite se tiene un acto cuando el tipo describe una sola acción con la que queda perfeccionada la realización; por ejemplo: hurto en el artículo 185º del Código Penal, en el que con el apoderamiento se agota la exigencia.

Tipo con pluralidad de acto describe variados supuestos de hecho concurrentes, para el agotamiento de la exigencia; por ejemplo: robo del artículo 188º del Código Penal en el que el tipo exige para su realización plena, el acto de apoderamiento y el empleo de la violencia o la intimidación, *ex ante* o *ex post* al apoderamiento.

En los tipos mixtos, se trata de una figura delictiva que integra diferentes modos mediante cualquiera de los cuales puede realizarse el tipo[547]. Tal es el caso del asesinato.

---

[547] GIL GIL, Alicia, «Los tipos mixtos y su clasificación», en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Madrid, 2000, pp. 77-92.

Estos tipos mixtos se subdividen en tipos mixtos acumulativos y tipos mixtos alternativos.

Será acumulativo «aquel en el que la realización de dos de las proposiciones o modalidad de comisión debe dar lugar a la apreciación de dos delitos en concurso»[548]. Gil Gil da como ejemplo el de la ocupación violenta de un inmueble con usurpación del mismo[549]. Será tipo mixto alternativo, la comisión única en que consiste el robo con violencia y daño sobre las cosas[550].

Alicia Gil añade un tipo mixto que denomina de 'concurrencia aparente' para cuando «bajo un mismo *nomen iuris*, una aparente pluralidad de leyes externas esconde una unidad de delito interna al encontrarse las distintas proposiciones no homogéneas y castigadas cada una con su correspondiente pena en una relación de concurso de leyes[551]. El ejemplo que pone la discípula de Cerezo Mir, es el delito de genocidio, «en el que, a pesar de que cada una de las modalidades de comisión tiene asignada una pena diferente, en caso de cometerse varias debe apreciarse un único delito de genocidio»[552].

2. Por los sujetos

a. Tipos de dominio del hecho y de infracción de deber

Todo tipo describe actos y protagonistas de los mismos –sujeto activo– con la fórmula «el que», «quien», etc. Normalmente cualquier persona realiza las conductas que exige el tipo (robar, hurtar, etc.), pero hay casos (tipos) que solo pueden tener por protagonistas ciertos sujetos con cualidades especiales (v.gr. funcionario público, etc.).

Cuando el tipo puede realizarlo cualquier persona estamos ante un «tipo común». En cambio, cuando se exige cierta cualidad en el sujeto activo, estamos ante un «tipo especial».

---

[548] Loc. cit.

[549] Loc. cit.

[550] Loc. cit.

[551] GIL GIL, «Los tipos mixtos y su clasificación», cit., p. 91.

[552] Ibídem, p. 92.

A su vez, los tipos especiales se subclasifican en especiales propios o impropios. Serán propios cuando el tipo solo puede realizarlo excluyentemente, una persona especialmente calificada; por ejemplo: el tipo de peculado del artículo 387º, que solo lo puede realizar un funcionario o servidor público, o el de abuso de autoridad del artículo 376º en el que ocurre lo mismo.

Serán tipos especiales impropios, cuando lo puede realizar cualquiera y además personas especialmente calificadas, en cuyo caso se agrava la consecuencia jurídica. Por ejemplo, tráfico ilícito de drogas agravado por la calidad del agente, artículo 297º, inciso 1, si el agente es funcionario o servidor público, encargado de la prevención o investigación de cualquier delito; inciso 2, el agente es educador; inciso 3, el agente es médico, farmacéutico, odontólogo, etc.

Sin embargo, tener en cuenta el carácter moralizante de los delitos de infracción de deber, así, Octavio de Toledo, cuando, refiriéndose a los delitos de funcionarios en su apreciación como delitos de infracción de deber, mantiene que dicha concepción implicaría «una visión estatalista y autoritaria de las normas: un Estado autoritario trataría de imponer deberes jurídicos de actuar, en lugar de los meros de omisión de conductas lesivas, allí donde lo único que correspondería sería, en su caso y no por el Estado precisamente, la instauración de obligaciones morales»[553].

b. Tipos de mano propia

Se trata de un tipo que describe un contacto personal o 'realización personal del tipo'[554], lo que descarta la instrumentalización de un tercero. En la mayor de las veces la conducta descrita es físico corporal, como en el caso de la violación del artículo 170º del Código Penal.

---

[553] DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio, citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 125.

[554] HERZBERG, Rolf Dietrich, «Eingenhändige delikte», en: *ZStW* 82 (1970), p. 913.

c. Tipos de autoría y participación

El tipo de autoría presupone la realización personal de la conducta descrita de modo directo (autor) o instrumentalizando a un tercero (autor mediato). Si la realización del tipo se lleva a cabo entre varios, estamos en el supuesto de la coautoría.

Los tipos de participación contemplan la inducción o la cooperación con el sujeto activo.

3. Por el bien jurídico

a. Tipos de lesión

Si el tipo exige el menoscabo o daño del bien jurídico protegido se habla de tipos de lesión. Por ejemplo, delito de homicidio del artículo 106º del Código Penal o delito de lesiones del artículo 121º del Código Penal.

b. Tipos de peligro

El tipo será de peligro cuando se consuma sin necesidad de dañar el bien jurídico, pues basta para su realización, su puesta en peligro.

Los tipos de peligro pueden ser abstractos o concretos. Serán de peligro abstracto, cuando no se exige en la situación específica un peligro específico, lo que ha hecho dudar de si ciertamente se trata de delito de peligro[555]. Se dice incluso que puede tratarse de tipos inconstitucionales pues la 'peligrosidad presunta' no admitiría prueba en contra[556].

Ejemplo de delito de peligro abstracto lo tenemos en el artículo 274º del Código Penal que pune la conducción de vehículo automotor en estado de ebriedad.

---

[555] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 410.

[556] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 132.

El tipo será de peligro concreto cuando la conducta descrita pone en serio y efectivo riesgo el bien jurídico protegido. Se trata pues de delitos de resultado por la proximidad de la lesión[557].

III. ELEMENTOS DEL TIPO

El tipo penal se formula basándose en elementos descriptivos y elementos normativos.

1. Elementos descriptivos

Son aquellos que refieren hechos de la realidad natural, observable o deducible. Su contenido proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales[558].

Un ejemplo de elemento descriptivo lo tenemos en el verbo «matar» a «otro» del artículo 106º del Código Penal; o 'aborto' del artículo 114º del Código Penal. La locución «el que causase a otro, daño en el cuerpo o en la salud» del artículo 121º del Código Penal.

2 Elementos normativos

Son aquellos que comportan una valoración jurídica o sociocultural. Concepto típicamente normativo lo tenemos en el de «cónyuge», «concubino» del artículo 107º del Código Penal, o en el concepto de «ajeno» en el artículo 188º del Código Penal, o en el concepto de documento y falsedad en los artículos 427º y 428º del Código Penal; «funcionario público» (artículo 425º); ganancia deshonesta (artículo 180º), etc.

Es característica del elemento normativo su «no percepción sensorial y comprobación solo en virtud de una valoración»[559].

---

[557] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 210.

[558] ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 59.

[559] Ibídem, p. 63.

A decir de Gómez Benítez, el significado de los elementos normativos «no se deduce directamente de juicios de experiencia, sino a través de juicios de valoración jurídica o social»[560] que no tiene por lo demás que ser técnico, bastando con que dicho juicio se dé conforme a un criterio profano[561].

El primero en tratar el punto de los elementos normativos del tipo fue Max Ernst Mayer, quien los trata con carácter de excepcionales frente al criterio de que el tipo es por regla valorativamente neutro[562].

IV. FUNCIONES DEL TIPO

1. Función garantista

Como quiera que «solo la ley escrita es fuente del tipo»[563], este contiene el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* con lo que queda de lado el consuetudo. El ciudadano sabe a qué atenerse pues conoce lo que la ley obliga y prohíbe en vista que «el tipo legal obedece al pensamiento de determinación o por lo menos de determinabilidad precisa de la descripción del ámbito situacional a que se refiere la norma»[564].

2. Función indiciaria

La realización del tipo nos anticipa la probabilidad de que la conducta sea antijurídica. «En terminología tradicional se dice del tipo, que crea un indicio, una presunción siempre refutable acerca de la antijuridicidad»[565]. Es una función prejuiciada en suma.

---

[560] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 193.

[561] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 400.

[562] MAYER, Max Ernst, *Lehrbuch*, Berlín, 1923, p. 182, citado por ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, cit., p. 62.

[563] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 41.

[564] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 159.

[565] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 41.

La tipicidad opera entonces como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, pues restará determinar si el acto típico estuvo o no amparado por una norma permisiva (legítima defensa).

3. Función educadora

El catálogo de tipos informa al ciudadano qué se entiende por conductas obligadas y qué por prohibidas, a partir de la estimación de los bienes jurídicos, con lo que se previenen los conflictos sociales en que consisten los quebrantos de las normas.

Capítulo XIII
TIPO DOLOSO DE COMISIÓN, TIPICIDAD OBJETIVA Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

SUMARIO: I. Relación de causalidad e imputación objetiva. 1. Teoría de la equivalencia de las condiciones. 2. Teoría de la causalidad adecuada. 3. Teoría de la relevancia típica. **II.** El tipo de imputación objetiva. 1. Presupuesto. 2. Precedente epistemológico de la teoría del tipo de imputación objetiva o teoría de imputación del tipo objetivo. a. El sistema de Claus Roxin. b. Sistema Jakobs. **III.** Tipicidad subjetiva del tipo doloso. 1. El dolo. 2. Estructura del dolo. a. Elemento cognitivo del dolo. b. Elemento volitivo. 3. Clases de dolo. a. Dolo directo de primer grado. b. Dolo directo de segundo grado. c. Dolo eventual. **IV.** Ausencia de dolo: El error de tipo. 1. Error sobre un elemento esencial del tipo. 2. Error sobre el elemento accidental. 3. *Error in persona vel in objecto*. 4. Error en el golpe (*aberratio ictus*). 5. Error sobre el curso causal. **V.** Elementos subjetivos de la tipicidad distintos del dolo. 1. Tipos de tendencia interna trascendente. 2. Tipos de tendencia interna intensificada.

El aspecto objetivo del tipo informa preventivamente si se ha realizado una conducta desde la perspectiva de un observador externo, pues «todo tipo doloso requiere ciertos requisitos mínimos en la conducta externa y que son comunes a todo tipo de objetivo»[566], como por ejemplo, los actos externos necesarios para lesionar; que en los delitos de resultado se produzcan estos, en el marco de una determinada relación de imputación entre la conducta y dicho resultado.

---

[566] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 215.

En los delitos de resultado es necesario el nexo entre la conducta y el resultado típico, por lo que se tiene que constatar dicho nexo para lo cual modernamente se ha constituido una teoría explicativa en términos normativos antes que naturalísticos. A esta teoría se la conoce como de «imputación objetiva» que «en síntesis viene a decir que al tipo objetivo no le interesa cualquier relación causal, sino solo aquellas jurídico-penalmente relevantes»[567].

I. RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Son variadas las propuestas teóricas que existen para el estudio y determinación de la relación de causalidad entre una conducta típica y el resultado.

1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

Originada en el concepto filosófico de causa de John Stuart Mill, para el que son un conjunto «de diversos antecedentes lo que genera efectos»[568]. La idea corresponde al procesalista austríaco Julius Glaser[569] y la hace suya el magistrado del Tribunal Supremo del Reich, Maximilian von Buri[570].

La teoría plantea que es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción, con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia[571], o dicho en términos de Claudia López Díaz, «un resultado es causado por una acción, cuando esta no puede ser supuestamente excluida sin que el resultado desaparezca en su forma concreta»[572].

---

[567] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 136.

[568] STUART MILL, John, «System der deductiven und induktiven Logik», en: *Gesammelte Werke. Übersetzung von Theodor Gomperz*, Scientia Verlag, Aalen, 1968, T. I, p. 15.

[569] GLASER, Julius, *Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht*, Viena, 1858.

[570] VON BURI, Maximilian, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1973.

[571] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 218.

[572] LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 24.

Conforme a la teoría de la equivalencia, todas las condiciones son comparables y determinantes por igual, de ahí la fórmula hipotético-negativa de la *conditio sine qua non*, en mérito de la cual será causa todo evento o condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado.

En esta lógica todo vendría a ser causa pues «la teoría de la equivalencia, así entendida, no efectúa ninguna selección entre las innumerables condiciones, porque considera que todos tienen idéntico valor»[573].

Con el modelo de la equivalencia resulta necesariamente amplio el campo causal, el mismo que puede llevarnos a la ocurrencia original, al inicio de los tiempos, pues ciertamente de no haber sido creados Adán y Eva, difícilmente podría haber ocurrido el último de los homicidios de estos días.

Son características relevantes de la teoría de la equivalencia, las siguientes:

i. La irregularidad del curso causal no excluye la consecuencia: la teoría no discierne entre evento causal importante, del nimio y accidental. El caso notable es el del levemente lesionado, que se le auxilia llevándolo en una ambulancia y esta se estrella, muriendo el herido.

ii. La cadena causal no admite interrupción: el curso causal es ininterrumpido aun cuando entre los eventos X - Y, intervenga la acción dolosa de un tercero.

Claus Roxin da el ejemplo de quien por construir imprudentemente y sin cumplir con las exigencias municipales, en el ático de una casa, una vivienda, es considerado causante de la muerte ulterior de su inquilino, producido en un incendio, aun cuando dicho incendio haya sido dolosamente provocado por un tercero[574].

---

[573] OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtlehre*, Walter de Gruyter, Berlín, New York, 1952, p. 54.

[574] ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, 2 auflage, C.H. Beck, München, 1994, Band I, p. 292.

En la teoría de la equivalencia, las condiciones anteriores, intermedias y posteriores no tienen poder excluyente de la cadena causal, como tampoco lo tienen los actos posteriores de terceros. Si *A* deja en la maletera del auto una escopeta cargada, mientras el auto está en la estación de servicio para su mantenimiento y limpieza, y el grifero *B* toma el arma y por descuido se le dispara matando al lavador del auto, responderán por igual el grifero *B* y el dueño del automóvil.

Se le ha opuesto serias objeciones a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Tenemos las siguientes:

a. No se llega a conocer la ley causal natural de un acontecimiento: Desconocida la cadena natural causal que rige un suceso, la fórmula de la *conditio sine qua non*, impide determinar si existe relación causal entre una condición y el resultado[575].

   El problema se suscitó en Alemania en la década de los años sesenta, cuando nacieran con serias deformaciones, niños cuyas madres habían ingerido un somnífero llamado «Contergan». El caso dio lugar al famoso «proceso Contergan»[576].

   En dicho proceso, no se puede determinar el mecanismo causal natural que producía las malformaciones infantiles, entre otras cosas, por «la imposibilidad de experimentar con una madre sana para fijar los efectos de la droga en el embarazo»[577].

   En España, ocurrió otro tanto en el famoso «caso de la colza»[578] en el que se presentaron numerosas muertes y lesiones graves, a causa de consumir un aceite (colza) de cocina, mal procesado.

   El caso de la 'Talidomida', ilustra lo propio.

---

[575] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 253.

[576] LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., p. 32.

[577] Loc. cit.

[578] Cfr. Tribunal Supremo de España, Sentencia del 23 de abril de 1992, «Caso de la Colza», en: *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Nº 182, Madrid, 1992, p. 69.

b. No explica los casos de causalidad hipotética: conforme a esta crítica la teoría de la equivalencia de condiciones no puede explicar la relación causal cuando el resultado causado se hubiera producido igual y en el mismo momento. Tal es el caso de que *A* mientras lo observa sigilosamente *C*, echa veneno en el café que *B* beberá al día siguiente. Ocurre que *C* queriendo igualmente eliminar a *B* de la misma forma ya no ve la necesidad de actuar, pues *A* lo está haciendo en su lugar, muriendo *B* a causa del brebaje[579]. O el caso del militar acusado de fusilamiento ilegal en situación de guerra que argumenta que de no haberlo hecho él, otro lo hubiera hecho en su lugar[580].

c. No explica los casos de causalidad alternativa o acumulativa: el supuesto de un resultado causado por más de una condición. Tal es el caso de que *A* y *B*, independientemente el uno del otro, dispararan contra *C*. En este caso, cómo determinar cuál de los disparos mató a *C*. Si en el caso expuesto se suprime mentalmente el disparo de *A* persiste el de *B* con igual eficacia letal (resultado), con lo que llegaríamos a la conclusión de que ninguno de los dos disparos es causa del resultado[581].

Las críticas a la teoría de la equivalencia de las condiciones hizo proponer a Engisch sustituir la fórmula hipotético-negativa del *conditio sine qua non*, por la de la «condición ajustada a las leyes de la naturaleza»[582] y con ella se limita a determinar si la consecuencia se vincula a la acción con arreglo a las leyes de la naturaleza y así el médico forense determinará lo correspondiente en el caso de un disparo o dos.

---

[579] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 219.

[580] LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., p. 34. Al respecto, es ilustrativo el caso Eichman (nota del autor).

[581] Loc. cit.

[582] Cfr. ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der Strafrechtlichen Tafbeständen*, Tübingen, 1931, p. 21.

2. Teoría de la causalidad adecuada

O teoría de la adecuación, fue formulada inicialmente por el lógico y fisiólogo alemán Johannes von Kries (1853-1928) quien planteó que es condición de un resultado aquella que conforme a la experiencia de vida es generalmente adecuada para producir el resultado[583], siendo las demás jurídicamente irrelevantes. Desarrolla ampliamente el tema Welzel en sus estudios sobre el sistema del Derecho penal[584].

Se trata entonces, de una formulación probabilística conforme a un juicio *ex ante*[585] y desde el ángulo del actor, además, de modo que «el juicio de adecuación no puede fundamentarse en la absoluta certeza, sino en la estadística y fundamentalmente conforme a la experiencia de vida»[586].

Siendo así la propuesta, una bofetada no será tenida por causa de la muerte sobreviniente, pero un disparo con arma de fuego si lo será, pues probabilísticamente, la primera ocurrencia carece, conforme a la experiencia de vida, del poder letal que sí tiene la segunda.

La teoría de la adecuación da solución al problema de los cursos causales insólitos o extravagantes, pues en efecto, por lo pronto, con ella se evita el *regresus ad infinitum*, propio de la teoría de la equivalencia.

A la teoría de la adecuación, se la tiene hoy en día como una teoría de la imputación objetiva antes que una de causalidad[587], es decir de límite de la responsabilidad sobre la base de la efectiva causalidad[588].

---

[583] VON KRIES, Johannes, *Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Freiburg, 1886.

[584] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de las teorías de la adecuación social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 13.

[585] Conforme a un pronóstico objetivo posterior que sitúa hipotéticamente al juez en posición de observación antes del evento, prescindiendo de los conocimientos y capacidades del autor concreto (nota del autor).

[586] LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., p. 39.

[587] Cfr. CANCIO MELIÁ, *Los orígenes de las teorías de la adecuación social*, cit., p. 65.

[588] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 230; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 297; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 21.

Se le formula a la teoría de la causalidad adecuada las siguientes críticas:

- Se limita a resolver el problema de los cursos causales insólitos, extravagantes o aventureros, no dando solución al tema de la conducta prohibida.
- No resuelve el caso de previsibilidad estadística no significativa o aislada que puede ser normativamente relevante.

3. Teoría de la relevancia típica

Debemos a Edmund Mezger el aporte que discierne entre causalidad natural e imputación, pues no basta el nexo causal, es necesario verificar la relevancia típica del nexo de cara al tipo penal concreto[589], con lo que se procura una equivalencia jurídica de las condiciones.

La teoría de la relevancia típica es precursora de la moderna teoría de la imputación objetiva y propone en suma, «que la relación causal por si sola no puede fundamentar la responsabilidad por el resultado, sino que es necesaria la relevancia jurídico-penal del nexo causal»[590].

Octavio de Toledo y Huerta Tocildo resumen el punto diciendo que, «no todas las condiciones son causa en el sentido jurídico (típico), las hay relevantes (típicas) y las irrelevantes (atípicas)»[591].

II. EL TIPO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. Presupuesto

El punto de partida es que todos los delitos, tratándose de conducta, «están regidas por la causalidad física y suponen

---

[589] MEZGER, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 126.

[590] Cfr. LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., p. 43.

[591] TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 87.

indispensablemente modificaciones del mundo exterior, esto es, resultado»[592].

Se comprende en la generalidad que suscribimos tanto los delitos de mera actividad como las tentativas y omisiones. «No siendo entonces correcto que existan fenómenos delictivos en los cuales pueda prescindirse de la causalidad»[593].

Sin embargo, de lo dicho no es suficiente la relación de causalidad para deducir la responsabilidad penal dado que, «no existe una reciprocidad entre los fenómenos de la causalidad y la responsabilidad penal, pues si bien todo juicio de responsabilidad supone necesariamente la existencia previa de una causalidad que no puede ser suplida por una teoría de la imputación, no toda relación causal conduce inevitablemente al reconocimiento de un reproche penal»[594].

El dato de la realidad entonces, no es suficiente para imputarle a un sujeto un resultado determinado, el que sea. Es necesario una valoración jurídica a fin de determinar si la relación causal tiene relevancia jurídico penal de cara a los fines del Derecho penal «con lo que se separa claramente la causalidad de la imputación»[595].

La propuesta principal de la teoría de la imputación objetiva es la que afirma que «una conducta solo puede ser imputada cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción del resultado»[596].

2. Precedente epistemológico de la teoría del tipo de imputación objetiva o teoría de imputación del tipo objetivo

La moderna teoría de la imputación objetiva se fundamenta en los aportes de Hegel acerca del juicio de imputación que hace una

---

[592] REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994, p. 38.

[593] Loc. cit.

[594] Loc. cit.

[595] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 252.

[596] Cfr. RUDOLPHI, Hans Joachim *et al.*, *Vorbemerkungen. Systematischer Kommentar zum StGB. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Berlín, 1993, p. 28.

persona cuando sabe que el resultado de su conducta le corresponde «como una existencia transformada por mi acto»[597].

Es a partir del pensamiento de Hegel que Karl Larenz, desde su análisis metodológico del Derecho civil, desarrolla la teoría de la imputación objetiva, llamándola de este modo para poner énfasis en que el tema de la imputación es independiente de la valoración moral del acto. «La imputación objetiva –dice Larenz– no es más que un intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales. Es decir, afirmar que ese acontecimiento es su propia obra, dirigido por su voluntad y objetivamente previsible»[598].

Más adelante, en 1930, Richard Hönig reformula para el Derecho penal las anotaciones civilistas de Larenz en materia de imputación objetiva y cuestiona el naturalismo a ultranza, planteando que en el Derecho penal la relación de causalidad solo tiene sentido cuando media la voluntad humana. «Imputable es aquel resultado que puede ser concebido como dispuesto finalmente conforme criterio objetivo de alcanzabilidad o estabilidad del resultado»[599].

Es a partir entonces de los aportes de Larenz y Hönig, que se construye la moderna teoría de la imputación objetiva para la delimitación de la responsabilidad penal.

Wolfgang Frisch, recordando posiciones antiguas se atreve a calificar la teoría de la imputación objetiva como una de la adecuación continuada o «de la relevancia desarrollada»[600].

En la actualidad son dos los más importantes sistemas de imputación objetiva: el sistema de Roxin (de la Escuela de München, de Claus Roxin) y el sistema de Jakobs (de la Escuela Nueva de Bonn, de Günther Jakobs).

---

[597] HEGEL, Friedrich, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, traducción de Carlos Díaz, Libertarias, Madrid, 1993, pp. 396 y ss.

[598] LARENZ, Karl, *Hegels Zurechnungslehre*, Scientia Verlag, Aalen, 1970, p. 60.

[599] HÖNIG, Richard, «Kausalität und Objektive zurechnung», en: *Fetsgabe für Reinhard von Frank*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930, p. 174.

[600] FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, traducción de Cancio Meliá, Colex, Madrid, 1995, p. 26.

a. El sistema de Claus Roxin

Claus Roxin sintetiza su pensamiento sobre la materia en su reciente obra de Derecho penal. Parte general[601], lo mismo que en su «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes»[602], en los que plantea lo siguiente:

Para determinar que una relación causal resulte penalmente típica se tendrán en cuenta dos principios:

i. Al autor se le puede imputar un resultado cuando su conducta creó un peligro que sobrepasa el riesgo permitido[603]. Por ejemplo: si *A* dispara dolosamente sobre *B* quien solo sufre lesiones leves, pero fallece a causa del incendio del hospital a donde acudió para curarse las lesiones, aquí la muerte no se le puede imputar al autor del disparo pues en el incendio no se concreta el peligro[604].

ii. El juicio de imputación dependerá además, del alcance y fin de protección de la norma, pues podría presentarse el resultado como un derivado del peligro desaprobado creado por el autor, pero no ser objeto de la norma remover esos peligros. Por ejemplo: *A* convence a *B* a fin que escale una montaña peligrosa, *B* sufre una caída mortal conforme a lo previsto por el instigador *A*. No obstante el resultado fatídico, no se le puede imputar al instigador *A* este resultado, ya que no es ilícito arriesgar por imprudencia la vida.

Desarrollaremos cada uno de estos principios excluyentes de imputación a nivel objetivo del tipo:

a.1. Disminución de riesgo.- Los actos dirigidos a disminuir el riesgo para el bien jurídico, aun cuando produzca un resultado dañino,

---

[601] ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, cit., 11/13.

[602] ROXIN, Claus. «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes», en: *Problemas básicos de Derecho penal*, traducción de Diego Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 149 y ss.

[603] ROXIN, *Derecho penal. Parte general. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 298.

[604] LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, cit., p. 64.

dicho resultado no se le puede imputar al actor quien más bien procuró mejorar la situación del bien jurídico.

Ejemplo:

- El médico amputa una extremidad para evitar la gangrena perniciosa en el paciente.
- El bombero que para salvar a una persona del incendio, lo lanza por la ventana, lesionándolo seriamente.

Es el caso advertir que un sector de la doctrina estima que situaciones como las descritas las acoge el estado de necesidad[605] lo que implicaría reconocer, según Roxin, que las lesiones serían típicas[606].

En opinión de Armin Kaufmann, con su argumento de la 'desviación del golpe', Roxin estaría abonando la propuesta de la causa de justificación[607].

a.2. Creación de riesgo jurídicamente relevante.- Válido para los delitos dolosos y culposos, comprender los casos en que la conducta del autor en efecto crea un riesgo adecuado a la naturaleza del resultado.

Estaremos en un supuesto de ausencia de creación de riesgo cuando *A* heredero de *B*, envía a este a un viaje en avión con la esperanza de que se accidente y muera, como en efecto ocurre.

En el ejemplo narrado (y clásico además), la acción de «A» no ha creado un riesgo jurídicamente relevante a la naturaleza del resultado por lo que el dolo carece de importancia[608].

Se asimila el ejemplo precedente al de los que ilustran la desviación de los cursos causales.

---

[605] TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», en: *Estudios penales y criminológicos*, Nº 10, Santiago de Compostela, 1986, p. 392.

[606] ROXIN, citado por LARRAURI PIJOAN, Elena, *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1989, p. 79.

[607] KAUFMANN, Armin, «¿Atribución objetiva en el delito doloso?», traducción de Joaquín Cuello Contreras, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1985, T. 38, pp. 807 y ss.

[608] ROMERO BARRANQUERO, Gladys, «La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión», en: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 19 (1983), p. 165.

a.3. Aumento de riesgo permitido.- Se imputa jurídicamente un resultado, cuando este deriva de una conducta que rebasó el índice del riesgo tolerado.

Roxin da el ejemplo siguiente: *A*, fabricante –infringiendo los reglamentos industriales–, entrega para su manejo por las trabajadoras, material no desinfectado, produciéndose muertes entre ellas, y verificándose posteriormente que aun respetando los reglamentos se hubiera producido el desenlace fatal. En este ejemplo «no basta la mera infracción del reglamento sino que es necesario que de esta se derive un aumento del riesgo permitido»[609].

a.4. El ámbito de protección de la norma.- Significa este principio que antes de imputar un resultado hay que atender al objeto de tutela de la norma ya que «si el daño producido no es de aquellos que la norma de cuidado trata de evitar, no le es atribuible al sujeto»[610].

Gimbernat a propósito de este principio pone como discutible ejemplo el del automovilista que excede su velocidad en zona escolar y atropella a un adulto, «no obstante, no se le puede atribuir el resultado, pues la norma prohibitiva del exceso persigue proteger niños y no adultos»[611].

Entre nosotros un caso que sirve de modelo de situación que escapa al ámbito de la norma, sería el del automovilista que, no obstante exceder la velocidad permitida creando un riesgo jurídicamente desaprobado para el transeúnte atropellado que cruzó el zanjón[612], no le es imputable al conductor del vehículo pues escapa al ámbito de tutela penal situaciones como la descrita.

---

[609] LARRAURI PIJOAN, *La imputación objetiva*, cit., p. 88.

[610] ROXIN, Claus, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en: *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Walter der Gruyter, Berlín/New York, 1973, p. 244.

[611] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos», en: *Revista de Derecho de la Circulación*, Año II, Nº 11-12, Madrid, 1965, p. 675.

[612] Avenida bajo el nivel de superficie que atraviesa longitudinalmente la ciudad de Lima, de sur a norte y en la cual está prohibido el paso de transeúntes (nota del autor).

Escapa igualmente al ámbito de tutela de la ley penal que pune el delito de receptación (artículo 194º CP), el hecho de que el día viernes 10 de noviembre de 2000, siendo las 20:30 horas el ministro de Justicia del Perú requiriera los servicios de un notario quien en efecto actuó para la guarda bajo inventario, de 63 maletas, 5 maletines y 75 cajas de cartón cerradas, conteniendo los famosos «vladivideos» extraídos previa e ilegalmente de la casa de la esposa del asesor presidencial Vladimiro Lenin Montesinos Torres. Escapa al ámbito de tutela porque el tipo de receptación tiene como objetivo político criminal, tutelar el patrimonio de quien tiene titularidad sobre él, para evitar que desaparezca, que se reduzca. El tipo busca imponer una pena a quien contribuya dolosamente a desaparecer una especie, no a quien actúa precisamente para conservarla. Ampara pues el notario interviniente, esta institución de imputación objetiva.

a.5. Pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma.- En un segundo nivel de imputación se comprende a acciones de la que derivan otras de segundo nivel, con resultado que escapa al ámbito de la norma, por dos principios:

- Autonomía de la víctima: por ejemplo, *A* deja guardada su arma de fuego en el cajón del velador. *B* adulto, se suicida con dicha arma con ocasión de haber pedido el uso del baño contiguo al dormitorio en el que se sitúa el aludido velador del que sustrajo furtivamente el arma.

  Aquí la autonomía de la víctima no puede, con su conducta, arrastrar al propietario del arma.

- La atribución a distintos titulares de responsabilidad: ocurre cuando la responsabilidad la asume un tercero legitimado, y por acto de este tercero se produce el resultado.

  Roxin da el siguiente ejemplo: *A* conduce un coche de remolque sin la debida iluminación siendo detenido por un policía de carretera, quien coloca una luz auxiliar y se ofrece guiarlo hasta la próxima estación de servicios en donde se deberá reparar el sistema de iluminación. Antes de iniciar la nueva marcha, el policía retira la luz auxiliar con la que iluminaba el

remolque desde su detención, oportunidad en que otro automóvil choca con el remolque muriendo su conductor.

Aquí, de acuerdo con Roxin, la responsabilidad entra en la esfera del policía y no en la del conductor del remolque[613].

Esta versión de la doctrina de la imputación objetiva encontró una acogida favorable en la jurisprudencia nacional, que ha establecido lo siguiente:

«*De acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado*» *(Ejecutoria suprema, R.N. Nº 1767-97). Asimismo, se ha enfatizado la exigencia de un nexo de imputación entre acción y resultado: «Con la teoría de la imputación objetiva [...] solo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar este resultado al autor de la acción» (Ejecutoria superior del 24 de abril de 1998, Exp. Nº 550-98). En otro fallo se preciso: «El tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocausal [sic] –psíquico, o por medio [de] consejos, y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos–, según las reglas de la imputación objetiva, respecto del hecho del autor principal, y que lo haga en la etapa de preparación o, según el caso, en la etapa de ejecución del delito; y subjetivamente, que su actuación es dolosa, esto es, que conozca que presta aporte a la realización de un hecho punible*» (Ejecutoria suprema del 16 de septiembre de 2004, Exp. Nº 2270-2004).

b. Sistema Jakobs

El punto de partida de Jakobs es socionormativo y enuncia su principio fundamental funcional, diciendo que «el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, basado en relaciones de

[613] ROXIN, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», cit., p. 244.

causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto»[614]. Añade que la imputación no puede basarse en la causalidad natural al margen del factor normativo pues una causalidad de este orden carece de relevancia jurídica[615].

b.1. Presupuestos.- Son tres a grandes rasgos los presupuestos sobre los cuales construye Jakobs su sistema de imputación.

i. Los seres humanos en sociedad se contactan e interactúan funcionalmente, conforme roles estandarizados.

ii. Cualquier criterio de imputación debe diferenciar entre: autor, víctima y terceros, determinando según sus roles quién lo quebrantó administrándolo deficientemente, y en consecuencia, quién debe asumir el costo de ese quebranto.

iii. «Quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo, aun en el caso en que pudiese evitarlo perfectamente»[616].

b.2. Instituciones de la imputación objetiva en Jakobs

i. Existe un riesgo permitido: la sociedad debe dar a sus integrantes la ocasión de desarrollarse plenamente como persona e interactuar de manera gratificante y creadora. No es pues el fin de la sociedad el de proteger los bienes jurídicos a ultranza. El riesgo entonces existe siempre, es consustancial al hombre y a la sociedad. Jakobs al respecto nos dice con razón que, «la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea la protección máxima de los bienes jurídicos, sino que está destinada a hacer posibles las interacciones, y la prohibi-

---

[614] JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 9.

[615] JAKOBS, Günther, *Fundamentos de Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Ad-hoc, Buenos Aires, 1996, p. 123.

[616] JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 25.

ción de cualquier puesta en peligro, de toda índole, imposibilitaría la realización de todo comportamiento social»[617].

Existe pues un riesgo permitido, ya que el solo hecho de transitar a pie resulta peligroso y es más peligroso aun el tránsito rodado, o el aéreo, propio de las sociedades modernas.

La jurisprudencia peruana se ha mostrado receptiva a este instituto dogmático. Si bien puede observarse que no existe una idea muy clara sobre cómo debe concebirse el riesgo permitido, este criterio de imputacion objetiva goza de un amplio reconocimiento, a tal punto que cabe afirmar que la referencia del riesgo permitido al estado normal de la interacción social –en el sentido de Jakobs–, está en paulatina consolidación.

«El riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca necesariamente en la penalización del conductor cuando produce un resultado no deseado, ya que sería aceptar que el resultado es pura condición objetiva de punibilidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Absurdo que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que solo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción» (Ejecutoria superior del 6 de agosto de 1998, Exp. Nº 8653-97).

«Es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva, que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados [...] y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; no habiéndose acreditado con prueba un concierto

[617] Ibídem, cit., p. 27.

de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista dueño del camión, sino solo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados; aclarando que el conocimiento exigido no es el del experto, sino, por el contrario, de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno» (Ejecutoria suprema del 25 de noviembre de 2004, Exp. Nº 552-2004-Puno).

«En la sociedad se producen, a cada instante, contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a este como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad (JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho penal, trad. por Manuel Cancio Meliá, 1ª reimp., Lima, 2001, p. 42). Por ejemplo si la humanidad inventó el auto es para darse a sí misma mayor facilidad en el tráfico y traslado de un lugar a otro; sin embargo, esa invención trae riesgos como, por ejemplo, que se produzcan accidentes tales como choques, volcaduras, etc., pero son riesgos que necesariamente, hasta cierta medida (siempre y cuando la norma penal lo permita y no se transgreda), son tolerados por la sociedad por el beneficio derivado. El segundo es el riesgo no permitido, entendiéndose a este como transgresión del rol [normativo] (JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, trad. Manuel Cancio Meliá, 1ª reimp., Grijley, Lima, 2001, p. 20. Conceptualiza al rol como un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables), [...], que debería desempeñarse de acuerdo a lo instaurado ya sea por una reglamentación expresa o en todo caso sin tal (reglamentación no expresa, vg. Ley de protección al consumidor, reglas de tránsito –reglamentación obedeciendo a las normas de cuidado– lex artis, en la construcción, en la actividad médica, etc.) (CANCIO MELIÁ, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 98. Se concluye que la creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol)» (Ejecutoria superior el 2 de abril de 2007, Exp. Nº 142-06).

«El inculpado ha infringido el deber de cuidado, al desplazar su vehículo a una velocidad no razonable para las condiciones del momento y lugar, máxime si como conductor de un vehículo destinado al transporte de colegiales no ha tenido presente que la velocidad máxima para circular en zonas escolares es de treinta kilómetros por hora y no de cuarenta como manifiesta haber estado trasladando su unidad móvil, transgrediendo lo señalado por el artículo 59º del Reglamento General de Tránsito de la República; que, teniendo en cuenta el considerando precedente se advierte que el inculpado con su accionar ha contribuido a la realización del evento culposo, ya que si no hubiera infringido su deber de cuidado, este resultado no se hubiera efectuado; por cuanto como consecuencia del riesgo creado por el procesado ha contribuido a que produzca el resultado» (Ejecutoria superior del 16 de junio de 1998, Exp. Nº 798-98-Lima).

ii. Existe un principio de confianza: plantea esta segunda institución del sistema estudiado, que en una sociedad las personas se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad con sus respectivos roles, pues no es tarea de los demás controlarlas. Existe pues un principio de confianza que reposa en la división del trabajo, y por el que cada quien espera que los demás hagan lo suyo. Así al anestesista no se le puede imputar el resultado que corresponde al cirujano y viceversa. Al notario no se le puede imputar el resultado que le es atribuible al abogado que autorizó la minuta ingresada a su oficio notarial para elevarla a escritura pública.

Al igual que el riesgo permitido, el principio de confianza también ha encontrado un apreciable nivel de reconocimiento en la praxis judicial peruana. Veamos las siguientes sentencias:

«En autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta [...] hubiera incurrido en el ilícito penal materia de autos, puesto que el ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que está

corroborado por el sentenciado [...], quien manifestó igualmente que las especies con adherencias de droga [...] a que hace referencia el señor fiscal adjunto superior al fundamentar su recurso, las utilizó para transportar la pasta básica de cocaína húmeda que se encontró en su poder; actuando esta dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; no siendo así atendible otorgar, en este caso con tales elementos, reprochabilidad penal a la propietaria» (Ejecutoria suprema del 24 de noviembre de 2005, Exp. Nº 608-2004-Ucayali).

«El principio de confianza, a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de autorresponsabilidad; es decir, tenemos la expectativa, esa confianza permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas (este filtro se da a consecuencia de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que esté realizando). La inaplicación –principal– de este filtro se da cuando conocemos, precedentemente a nuestra conducta, de los actos ilícitos de terceros» (Ejecutoria superior del 2 de abril de 2007, Exp. Nº 142-06).

«Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados [...] y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; no habiéndose acreditado con prueba un concierto de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista, dueño del camión sino solo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados» (Ejecutoria suprema del 25 de noviembre de 2004, R.N. Nº 552-2004-Puno).

«No se ha acreditado que el encausado haya actuado no acorde a derecho; es decir, si bien ya se ha determinado la responsabilidad del sentenciado, ella no es extensible al encausado, pues el encausado actuó de acuerdo al principio de confianza filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a Derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro. Este filtro permite que en la sociedad se confíe en que los terceros actuarán correctamente, por tanto no estamos obligados a revisar minuciosamente la actuación de aquellos, pues, [ello] generaría la disminución de las transacciones económicas y del desarrollo de la sociedad. El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga-chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido» (Ejecutoria superior del 2 de abril de 2007, Exp. Nº 142-06).

iii. Existe una prohibición de regreso cuando se propone que «un comportamiento estereotipadamente inocuo no constituye participación en una organización no permitida»[618].

Es el caso precisar que la formulación idiomática jakobsiana «organización no permitida» alude a los «delitos de dominio» o «de organización» o «de organización defectuosa», por lo que se trata de la responsabilidad por las consecuencias en el mundo exterior de lo que se organizó –un delito de terminología común–. En Roxin estos son los clásicos delitos de dominio, distintos de los de infracción del deber[619].

---

[618] JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 29.

[619] Véase además SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., pp. 37 y ss.

Se está ante un regreso cuando el comportamiento inocente de un tercero es reorientado delictivamente, lo que no debiera comprometerlo.

Ejemplo típico es el del taxista que inocentemente presta su concurso para acudir al lugar del asalto. O el del ciudadano que presta su vehículo o su maleta a un tercero, que lo emplea para el tráfico de drogas. Por ejemplo: El del abogado que interviene, en estricta sujeción a la ley, en la constitución de una empresa en el extranjero o nacional, que luego es instrumentalizada para el lavado de dinero.

O el notario público que eleva a escritura pública una minuta autorizada por abogado, que encierra un acto jurídico simulador de hechos delictivos.

«*Quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse de sus contornos, no supera el riesgo permitido, su conducta es 'neutra y forma parte del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico-penal, sin posibilidad alguna de alcanzar el nivel de una participación punible'* (CARO JOHN, José Antonio, «Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 5, Lima, 2004, p. 105), *de manera que si dicha conducta es empleada por terceras personas con finalidades delictivas, la neutralidad de la conducta adecuada al rol prevalece, no siéndole imputable objetivamente al portador del rol estereotipado la conducta delictiva de terceros, en aplicación del principio de prohibición de regreso*» (Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2007, R.N. Nº 776-2006-Ayacucho).

«*El punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a 'un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables'* (cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 1998, p. 21) *de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador; que, una vez establecido esto,*

cabe afirmar, que tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro; habiendo quedado acreditado que el imputado se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado; que, de otro lado, se ha establecido que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes; lo cual tampoco es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo, de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado pueda alcanzarle, ya que el solo conocimiento, no puede fundar la antijuridicidad de su conducta; que, dicho esto, concluimos afirmando que si bien el encausado intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad» (Ejecutoria suprema del 7 de marzo de 2001, R.N. Nº 4166-99).

«Para la prohibición de regreso el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario; es decir, quien asume con otro vínculo que de modo estereotipado, es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aprovecha dicho vínculo en una organización no permitida (lo reconduce a un hecho ilícito) (y a pesar de conocer la futura conducta ilícita del tercero), este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento [...] pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol» (Ejecutoria superior del 2 de abril de 2007, Exp. Nº 142-06).

«A los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico-penal, que exis-

te un ámbito de actuación de este último que es inocua y cotidiana, y que solo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo; que, como explica Günther JAKOBS, uno de los casos en que a pesar de la actuación conjunta del participante con el autor decae la responsabilidad del primero se da cuando 'nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación' (*Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 842-845); *[...] en el caso de autos, las cuatro operaciones cuestionadas, en lo que respecta a la intervención del encausado [...], se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni una realización de actos fuera de lo cotidiano de atención a un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían [...]. En efecto, mandar recoger [...] cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio banco del entonces presidente regional de La Libertad, aun cuando procedan de bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del jefe de Banca Personal I y, en sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; que esa conducta –la propiamente delictiva realizada por el autor en función al plan criminal adoptado– en todo caso es exclusiva, de quien entregó el cheque al funcionario bancario y quien impuso su depósito a una determinada cuenta personal del banco del que era funcionario el encausado [...]. Que siendo así la conducta que se imputa al indicado procesado, tal como parece descrita en la denuncia formalizada y en el auto de apertura de instrucción, no se encuentra comprendida en el tipo penal de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito*» (Ejecutoria suprema del 16 de septiembre de 2004, Exp. Nº 2270-2004).

iv. Existe una competencia de la víctima: significa este principio que debe tomarse en cuenta, con ocasión del acto y su

imputación al autor, la contribución que hace la víctima a la consumación de este. Menciona Jakobs el consentimiento como la más corriente competencia de la víctima[620].

Se corresponde la competencia de la víctima con la llamada infracción del deber de autoprotección[621].

Jakobs hace uso de un ejemplo muy actual; el referido a quien trata sexualmente con una persona drogodependiente o que se prostituye, actúa en lo que se refiere al contagio del VIH, a riesgo propio.

Nos dice el profesor Cancio Meliá de Jakobs a propósito del punto, que «los contenidos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor (Jakobs) se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano»[622].

Un derivado práctico del tratamiento dogmático del comportamiento de la víctima la tenemos en los conceptos de «compensación de culpas» y «concurrencia de conductas»[623] al que están recurriendo v.gr. los tribunales españoles en la oportunidad de determinar la responsabilidad jurídico-penal del autor[624].

El principio de competencia de la víctima no podía estar lejos de la consideración de la jurisprudencia nacional. Merece destacarse, entre otros casos importantes, el denominado rock en Rio, que constituyó una de las primeras oportu-

---

[620] JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 31.

[621] Loc. cit.

[622] CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 65.

[623] Ibídem, p. 94.

[624] Ibídem, p. 96.

nidades en que la Corte Suprema se pronunció expresamente por la exclusión de la tipicidad del comportamiento en los supuestos en que la propia víctima contribuía a la lesión de sus bienes con su actuación imprudente. Veamos:

«La conducta de la gente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos 'el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal' (Cfr. Günther JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, 1995, p. 307), *por lo que los hechos sub examine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, siendo del caso absolver al encausado»* (Ejecutoria suprema del 13 de abril de 1998, Exp. Nº 4288-97-Ancash).

«Los daños sucedidos en la casa del agraviado configurarían faltas contra el patrimonio, sin embargo, en cualquiera de los casos (delito de daños o faltas contra el patrimonio), la conducta del procesado deviene en atípica, pues ya realizado y consumado el delito de estafa pasaron cuatro días para que el técnico que debiera instalar el Bobito-Hot Box, así fue sin embargo la creación del riesgo de daños no fue derivado del actuar del procesado ni mucho menos del técnico, porque el que asumió el riesgo fue [el] agraviado en el instante en que el técnico le advirtió del bajo amperaje que tenía su medidor de luz. De esa manera, se configura lo que se denomina la competencia de la víctima pues es él quien es responsable de su deber de autoprotección, deber que no ha desempeñado al asumir él su propia creación de riesgo no permitido» (Ejecutoria superior del 1 de septiembre de 2006, Exp. Nº 1219-04).

«La competencia de la víctima se aplica cuando la actividad permanece en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor y que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima [...]. Mediante esta se pone de relie-

ve la relevancia que tiene la figura de la víctima en el contexto de valoración normativa del comportamiento del autor, sea tanto la víctima como el autor quienes hayan configurado el curso lesivo para el primero, este deberá cargar con la responsabilidad por las consecuencias de su actuar descuidado. El filtro de la competencia de la víctima consiste en crear un riesgo no permitido para sí mismo, producto de la trasgresión del deber de autoprotección [...]. Señala que el principio de confianza es un límite del deber de cuidado, pero ello no significa que las personas se puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza del cuidado de otros. El principio de confianza determina el deber de cuidado, pero no dispensa de su cumplimiento» (Ejecutoria superior del 2 de abril de 2007, Exp. Nº 142-06).

«El accidente de tránsito en el cual se produjo la muerte del agraviado tuvo como factores preponderantes el estado etílico en que éste se encontraba, el que según el certificado del [dosaje] etílico [...] alcanzaba los dos puntos cincuenta g/l unido al hecho que manejaba su bicicleta sin frenos en sentido contrario al del tránsito y sin que en modo alguno esté probado que el procesado hubiera actuado imprudentemente, pues por lo contrario está demostrado que conducía de acuerdo a las reglas de tránsito» (Ejecutoria del 25 de febrero de 1997, Exp. Nº 1789-96-Lima).

«Si el procesado conducía su vehículo a una velocidad prudencial y sin infraccionar las reglas de tránsito vehicular, no cabe imputarle una falta de deber de cuidado, más aún si el accidente que motivó la muerte del agraviado ocurrió cuando este ingresó de modo imprudente a la calzada por un lugar no autorizado, luego de saltar una baranda metálica que divide el corredor vial y sin tomar las medidas de precaución y seguridad tendentes a salvaguardar su integridad física» (Ejecutoria superior del 10 de abril de 1997, Exp. Nº 2151-96).

«Para el caso sub examine, se debe tener en cuenta que el accidente de tránsito se produjo no solamente por la falta de cuidado que prestó el procesado mientras conducía su vehículo, sino que en el mismo concurrió la irresponsabilidad de la agraviada al intentar cruzar con su menor hija en sus brazos por una zona inadecuada. Factor

determinante para que se produzca el accidente de tránsito fue la acción imprudente de la agraviada al ingresar a la calzada sin adoptar las medidas de seguridad, mientras que el factor contributivo fue la velocidad inadecuada con la que el procesado conducía su vehículo; en consecuencia, se afirma la imputación objetiva, ya que el procesado con su acción imprudente, que es faltar a las reglas de tránsito, incrementó el riesgo normal, por lo que este incremento equivale a su creación» (Exp. Nº 6534-97-Lima, Sent., 18 mar. 1998, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, Nº 27, Lima, 2000, p. 198).

En el Perú constituye un importante aporte al estudio de la imputación objetiva, el de César Augusto Paredes Vargas[625]. Así también los trabajos desarrollados por los profesores Abanto Vásquez[626], Caro John[627], García Cavero[628] y otros autores que han desarrollado el tema en libros y artículos publicados en revistas científicas del medio[629].

Como quiera que el tema de la imputación objetiva recién ingresa en el ámbito de los tribunales del Perú, puede verse que actualmente esta teoría va ganando mayor terreno, tan-

---

[625] PAREDES VARGAS, César Augusto, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, Tesis de Maestría, UNMSM, Lima, 1997.

[626] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Causalidad e imputación objetiva en el Derecho penal», en ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997, pp. 14 y ss.

[627] CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, cit., pp. 5 y ss.

[628] GARCÍA CAVERO, Percy, «La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú», en: *Libro Homenaje por el XXV aniversario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007, pp. 153 y ss.; ÍDEM, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pp. 339 y ss.

[629] Para una exposición acerca de la evolución dogmática de la imputación objetiva, cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, pp. 12 y ss., pássim; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza (Argentina), 2001, pp. 15 y ss., 98. Limitando el alcance y utilidad de esta teoría al ámbito de los delitos imprudentes, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva», en: *Libro Homenaje por el XXV aniversario de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007, pp. 61 y ss.

to en las sentencias de las salas penales de la Corte Suprema como de las cortes superiores del país.

Así, hay que destacar en particular las siguientes sentencias que han servido de valiosos referentes en la aplicación judicial de los diversos criterios de imputación objetiva elaborados por el funcionalismo jurídico-penal:

«La imputación objetiva se viene desarrollando como fundamento de la teoría del tipo penal [...]. Este instituto desarrolla la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado; desde la perspectiva de la imputación de la conducta manifestamos que contempla conceptos que funcionan como filtros, los mismos que tienen la finalidad de determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típicamente objetiva o no: 1) el riesgo permitido; 2) el principio de confianza; 3) la prohibición de regreso; y 4) la competencia de la víctima [...]. Si la conducta sobrepasa los filtros establecidos, entonces se podrá imputar objetivamente a dicha conducta el tipo penal determinado en un caso; es decir, la conducta será objetivamente típica; sin embargo, debemos señalar que basta que no se haya sobrepasado un solo filtro para establecer la atipicidad objetiva de la conducta, lo que conlleva a la no atribución del término delito respecto de la conducta investigada, a pesar de la existencia de dolo» (Ejecutoria superior del 2 de abril de 2007, Exp. Nº 142-06).

«Que, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al inculpado [...] radica en el análisis de la imputación objetiva, porque es precisamente en el ámbito de la imputación objetiva donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo a este respecto decisivo la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción conforme a los deberes inherentes al rol del agente, con independencia de si su actuación fue hecha mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente y la causalidad natural acontecida» (Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2007, R.N. Nº 776-2006-Ayacucho).

«La moderna doctrina viene desarrollando la denominada teoría de la imputación objetiva como el fundamento de la nueva teoría del tipo penal. En la sociedad se producen a cada instante contactos

sociales, de los cuales se derivan básicamente de dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad. El segundo es el riesgo no permitido, entendido como aquella transgresión del rol normativo que debería desempeñarse de acuerdo a lo instaurado ya sea por una reglamentación expresa o en todo caso sin tal ([reglamentación no] expresa, vg. ley de protección al consumidor, [reglas de tránsito] –reglamentación obedeciendo a las normas de cuidado–, (lex artis, en la construcción, en la actividad médica, etc.). De ello se concluye que la creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol. La imputación objetiva es aquella teoría que desarrolla actualmente la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado. Desde la perspectiva de la imputación de la conducta manifestamos que esta teoría contempla conceptos que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica o no: 1) El riesgo no permitido; 2) El principio de confianza; 3) La prohibición de regreso y 4) Competencia de la víctima. Para comprender la resolución del presente caso debo de manifestar que para determinar la competencia de la víctima se necesita que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentada por el autor y que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima» (Ejecutoria suprema, Exp. Nº 1219-04-Lima).

«Si bien el delito de falsificación contiene como modalidad de acción impropia, el uso del documento falso, es menester precisar que el simple uso no configura la tipicidad objetiva del delito imputado. No podemos aceptar un simple acto causal como factor determinante para imputar un delito a una persona; lo que debemos hacer es buscar el significado de esa conducta y observar si ha actuado dentro de una normatividad expresa o tácita. Dicho significado y los criterios para atribuir objetivamente el tipo a una conducta determinada se hallan desarrollados en la denominada imputación objetiva, la misma que será desarrollada desde el criterio de funcionalismo sistémico» (Ejecutoria superior, Exp. Nº 142-06).

Como es fácil apreciar, la normativización del tipo objetivo no solo viene teniendo una favorable acogida en la doctrina nacional, sino que también viene consolidándose cada vez más en los fallos que emiten los tribunales de justicia de nuestro país. No obstante, puede observarse que en la doctrina las críticas que se oponen a esta formulación doctrinal no dejan de tener argumentos en cierto modo plausibles. Nos referimos concretamente a la crítica planteada por el profesor Urs Kindhäuser[630], quien sostiene que, al menos en los delitos dolosos, los criterios elaborados por la doctrina de la imputación objetiva resultan innecesarios, puesto que los problemas que tratan de resolverse en sede del tipo objetivo, pueden ser resueltos en realidad en el tipo subjetivo. Lo relevante al momento de decidir sobre la relevancia típica de una conducta está dado por la capacidad individual de evitar la acción en el caso concreto y por la voluntad de evitación del resultado, por lo tanto, no es preciso acudir a criterios objetivos para la imputación de un resultado lesivo.

III. TIPICIDAD SUBJETIVA DEL TIPO DOLOSO

La tipicidad subjetiva comprende el estado psicológico concomitante al comportamiento objetivamente descrito en el tipo. El actor conforme actúa porta finalidad y ánimo, de modo que entiende o conoce lo que hace y quiere el acto por él protagonizado. A este estado psicológico –subjetivo– en el ámbito del tipo se le llama dolo, y puede comprender incluso «una condición tendencial»[631].

1. El dolo

Maurach define el dolo como el querer, dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo[632].

---

[630] KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*, Grijley, Lima, 2007, pp. 15 y ss.

[631] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 203.

[632] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 376.

Explica el autor citado, que versando el tipo objetivo de conducta y resultado, el dolo «aparece como la voluntad de actuar, referida al resultado que sustenta la acción»[633].

Bacigalupo a su turno nos dice del dolo que, «es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo»[634].

Gómez Benítez dice que el dolo es el conocimiento y volición de la realización de todos los elementos del tipo objetivo[635].

Conforme al Derecho penal moderno son dos las consecuencias de la definición dada:

a. «Puede actuar dolosamente todo aquel que sea penalmente capaz de acción, es decir el hombre»[636].

   El dolo de acto no se asimila al concepto de culpabilidad y en tal sentido puede actuar dolosamente el inimputable. No olvidar que el dolo instalado en el tipo, es valorativamente neutro.

   Se descarta además el criterio de dolo dual –dolo natural propio del tipo y dolo valorado o *dolus malus* dentro de la culpabilidad–.

   Lo mismo decir de la tesis de la doble posición del dolo –en el tipo y en la culpabilidad–, como sostiene Wessels cuando trata del dolo «como forma de comportamiento y como forma de culpabilidad que debe cumplir una doble función en el sistema del delito»[637].

b. La segunda consecuencia es que el dolo no contiene conciencia de antijuridicidad. Significa esta consecuencia que el dolo de actuar no depende del conocimiento de la prohibición normativa.

---

[633] Loc. cit.

[634] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 126.

[635] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 205.

[636] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 376.

[637] WESSELS, Johannes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 16ª ed., Heidelberg, 1986, p. 41.

No perder de vista la diferencia entre las teorías del dolo y las de culpabilidad. Conforme las teorías del dolo la conciencia de antijuridicidad constituye un componente de este[638]. Conforme la teoría de la culpabilidad en cambio, la conciencia de antijuridicidad se ubica en la culpabilidad.

El Código Penal peruano en su artículo 11º no define lo que debiera entenderse por acciones dolosas, como sí lo hacía el derogado Código Maúrtua de 1924.

Artículo 11º.- Delitos y faltas

Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

En la jurisprudencia se ha establecido la siguiente definición del dolo:

«*Para la configuración de los injustos penales se requiere de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos, consistentes estos últimos en la perpetración de la conducta ilícita con el dolo, entendiéndose esto como la conciencia y voluntad del agente de cometer el hecho antijurídico y culpable*» *(Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 1998, Exp. Nº 455-97-Callao). «Dolo, esté en cualquiera de sus versiones dogmático-jurídicas, esto es, tanto por contener conciencia y voluntad, así como también por constituir, lo que denomina Hassemer, el dolo como decisión, esto, la función del sistema de roles que compete a los agentes*» (Sentencia del 8 de noviembre de 2001, Exp. Nº 2156-2000-Piura).

2. Estructura del dolo

El dolo está constituido por un aspecto cognitivo que favorece la aprehensión del acto, su conocimiento, y un aspecto volitivo que

[638] MAURACH *et al., Derecho penal. Parte general,* cit., T. I, p. 379.

mueve la ejecución al querer el sujeto realizarlo. Ambos elementos del dolo facilitan «la imagen refleja del tipo objetivo»[639].

a. Elemento cognitivo del dolo

Se trata del conocimiento que debe tener el agente, de estar realizando todos los elementos del tipo objetivo, tanto los descriptibles perceptibles por los sentidos, como los normativos que exigen una aproximación valorativa, que no tiene que ser exacta, bastando con que sea paralela en la esfera de lo profano.

Este elemento de naturaleza intelectual informa además de las relaciones causales que contiene el tipo, así como el resultado, y los elementos de la autoría.

Es importante anotar que el conocimiento como elemento del dolo, debe ser real y actual, no siendo suficiente un entendimiento potencial. Estamos ante un conocimiento actual cuando el agente sabe que un acto lesiona al bien jurídico. Este conocimiento cabe que sea colateral, o de fondo (coconcencial)[640].

b. Elemento volitivo

Este elemento del dolo mueve la acción, pues constata la voluntad de ejecutar el acto lesivo del bien jurídico. Se trata de una instancia emocional antes que conativa y en la que se hace presente que el autor quiere el acto.

«La volición presupone una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo»[641].

La jurisprudencia peruana reconoce mayoritariamente que el dolo está integrado tanto por elementos volitivos como cognitivos:

---

[639] TRIFFTERER, Otto, *Osterreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Viena, 1985, p. 159.

[640] ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 304.

[641] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 208.

«Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, asimismo no basta tener mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos» (Ejecutoria superior del 20 de mayo de 1998, Exp. Nº 132-98)[642].

«No ha quedado probado que el acusado haya actuado con la conciencia y voluntad de ocasionar un resultado lesivo, es decir, ocasionar la muerte de las agraviadas, no existiendo dolo» (Ejecutoria suprema del 3 de junio de 2004, R.N. Nº 517-2004-Arequipa)[643].

3. Clases de dolo

a. Dolo directo de primer grado

En este dolo de lo que se habla es de la «intención del autor, dado que él persigue la realización del delito»[644], quiere el resultado, pues queriendo que muera la víctima, la mata. Aun en el caso que el agente quiera el delito por otros fines, estaremos ante el dolo directo de primer grado[645].

b. Dolo directo de segundo grado

En este supuesto el autor «no persigue la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro), que su comportamiento dará lugar al delito»[646].

En este caso el autor sin perseguir el resultado, se lo represente como inevitable o como consecuencia necesaria de su actuación. Por ejemplo: se ataca matando a un importante personaje en su auto y además muere el chofer del auto. Otro ejemplo lo recuerda Mir Puig.

---

[642] Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTE VARGAS, Alberto, *Código Penal: Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2001, p. 73.

[643] CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2006, T. I, p. 149.

[644] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 243.

[645] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 402.

[646] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 243.

El famoso caso Thomas, acaecido en 1875, en el que el autor colocó un poderoso explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto para el hundimiento. Aunque el autor no quería que muriera alguien, sabía que ello era inevitable[647].

c. Dolo eventual

En el dolo eventual, llamado también «dolo condicionado», el autor se representa el resultado como posible y probable (eventual), y no obstante prosigue.

El caso es el «del autor, que sin desear ni tener por necesario el resultado, está, no obstante, decidido a obtener el objetivo extratípico por él perseguido; para lo cual tiene conscientemente en cuenta, determinada probabilidad de concreción del resultado típico o, en todo caso consciente en su realización, o se conforma con ella; o bien por último, consciente en la no deseada o al menos, indiferente concreción del resultado, porque la inserción del riesgo es la *conditio sine qua non* de su actuar, al que no quiere renunciar»[648].

No es pacífica la aceptación del dolo eventual en la doctrina. Entre nosotros Peña Cabrera siguiendo a Bustos, nos dice que «el dolo eventual no es dolo, ya que no se da el querer realizarlo»[649].

Mir Puig estima la comunidad de origen existente entre el dolo eventual y la culpa consciente, pues en «ninguno de ambos conceptos se desea el resultado y en ambos conceptos reconoce el autor la posibilidad de que se produzca el resultado[650].

Para la determinación del dolo eventual surgen dos teorías, según se tome en cuenta el saber del autor, o según la orientación de su voluntad. Estas teorías son:

---

[647] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 244.

[648] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 386.

[649] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 336.

[650] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 244.

c.1. Teoría del consentimiento.- Conforme esta teoría el autor que se ha representado el resultado consciente en él, a la manera de la clásica fórmula de Frank «sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro de todos modos yo actúo»[651].

Distinta es la situación de quien obra con culpa consciente pues aquí el autor «omite la acción supuestamente causante del resultado, al saber con certeza que ella debía desencadenar el resultado típico»[652].

Lo característico entonces del dolo eventual, conforme la teoría del consentimiento, es que el autor prefiere actuar a pesar de la virtualidad del peligro. Consiente o aprueba el desenlace.

Gimbernat objeta esta teoría pues la estima conducente a un Derecho penal de autor. Al respecto dice: «Todo ello es autoritario, Derecho penal de autor y no democrático, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho»[653].

c.2. Teoría de la probabilidad.- Llamada también teoría de la representación, propone que lo determinante es la mayor o menor probabilidad que el autor advierte para el resultado.

Existirá dolo eventual si el autor se representa como próximo el resultado típico, cuando era muy probable que se presentara.

Habrá culpa consciente en cambio, cuando el autor consideró remoto el resultado típico.

Aquí para nada cuenta la actitud interna del autor –aprobación, desaprobación o indiferencia– frente al hipotético resultado, sino el haber querido actuar, pese a conocer el peligro inherente a la acción[654].

---

[651] FRANK, Reinhard von, citado por MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 389.

[652] Loc. cit.

[653] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Acerca del dolo eventual», en: *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 253.

[654] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 247.

c.3. Posición tercera.- Modernamente la doctrina está optando por una posición ecléctica, a partir de la cual se construye un dolo eventual con el elemento probabilístico por el que se representa la seria probabilidad de que ocurra el resultado, con el elemento voluntativo por el que el autor se conforma con este.

Con esta formulación tercera, el autor «toma en serio» la posibilidad de realizar el tipo, o como dice Welzel «cuenta con la posibilidad de producir el resultado»[655] y además se «conforma» o se resigna a ese resultado, lo admite.

Ilustra el punto, el caso de los «mendigos rusos» que mutilaban niños para favorecer la caridad. Algunos niños morían y no obstante los mendigos continuaban con su práctica mutiladora. Aquí, los mendigos actuaban sin querer el resultado muerte, pero aceptando la posibilidad de que ocurriera.

La jurisprudencia nacional no adopta una concepción coherente y sistemática acerca del dolo eventual:

> *«Realiza una conducta típica con dolo eventual quien se representa seriamente la posibilidad del daño y, a pesar de ello, se conforma con el posible resultado de su conducta, aun cuando no quiera el mismo. La culpa consciente, por el contrario, exige en el sujeto la confianza que el resultado, a pesar de su posibilidad, no se producirá»* (Exp. Nº 167-97-P/COR-Camaná)[656].
>
> *«En el comportamiento a título de dolo eventual, el sujeto activo al desplegar su conducta asume la posibilidad de producción del resultado»* (Ejecutoria suprema del 3 de enero de 1997, R.N. Nº 3365-96-Piura)[657].

---

[655] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 100.

[656] ARMAZA GALDÓS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando, *La decisión judicial. Para leer el Derecho positivo a través de la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 26.

[657] ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. I, pp. 101-105.

IV. AUSENCIA DE DOLO: EL ERROR DE TIPO

No hay dolo cuando el autor ignora alguno o todos los elementos del tipo objetivo. En esto radica el error de tipo. Se trata de un error sobre los elementos del tipo.

El artículo 14º del Código Penal regula el error de tipo que nos ocupa y dice:

> ***Artículo 14º***.- *El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.*

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

Quien mata debe saber que lo hace y tal cosa no le ocurre al cazador que creyendo dispararle a una pieza de caza, impacta sobre el guardabosque, matándolo.

Se diferencia el «error de tipo» del «error de prohibición», por el hecho de que en este último caso el autor no desconoce los elementos de la descripción típica, sino del hecho de estar prohibida. Sabe lo que hace pero lo cree lícito, no prohibido.

La denominación actual reemplaza aquella de «error de hecho» y «error de derecho», a partir del moderno concepto del tipo penal que integra tanto los elementos de hecho como de Derecho.

El error de tipo pues alude a una «falsa representación que el autor hace de los hechos»[658].

1. Error sobre un elemento esencial del tipo

Se trata de una falsa representación que el autor hace de los hechos, de modo que al actuar no sabe que está realizando un elemento fundamental (esencial) del tipo.

---

[658] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 398.

El error puede ser vencible o invencible. El error esencial invencible elimina el dolo, pues el caso es el del autor imposibilitado de conocer los elementos del tipo aun cuando hubiera actuado en la debida prudencia. La acción será atípica.

El error esencial es vencible cuando el autor, con la debida diligencia, hubiera podido conocer los hechos y evitar el error. En este supuesto, el delito será sancionado como culposo, si y solo si la infracción está prevista como culposa en la ley penal.

2. Error sobre el elemento accidental

Dos supuestos:

- El error sobre un elemento accidental no modifica la naturaleza jurídica del hecho. «Alfonso, creyendo matar a Juan mata a Jaime».
- Error sobre las circunstancias agravantes del hecho: Constituye un error de tipo desconocer un elemento accidental del tipo pero que le imprime gravedad al acto. Por ejemplo: si en el homicidio con crueldad el autor no sabía que su conducta irrogaría especiales sufrimientos a la víctima.

3. *Error in persona vel in objecto*

O *error in persona* o *error in objecto*. Se da este error cuando el autor confunde a la víctima con otra persona. *A* queriendo matar a *B* mata a *C*. Tres son las hipótesis que surgen de este error:

- El resultado es más grave que el que se propuso el autor. Ocurre que *C* era su padre, con lo que se realiza el tipo objetivo del parricidio. *A* responderá de homicidio simple.
- El resultado es más leve que el que se propuso. En esta hipótesis, responde el autor por el tipo correspondiente al resultado leve.
- El resultado no altera la valoración jurídico-penal.

4. Error en el golpe (*aberratio ictus*)

Se trata de un desarrollo fallido de un hecho doloso y se da «en aquellos casos en que el autor ha individualizado suficientemente un

objeto de acción y ajustado su actuación de voluntad hacia esto, pero el efectivo curso de causalidad afecta a otro objeto no considerado por el autor»[659].

Se trata de un error ejecutivo, de un error de puntería. Juan quiere matar a Pedro, sobre el que dispara fallando, matando en su lugar a Luis.

En esta modalidad de error se dan dos supuestos:

- El resultado se desvalora por igual a causa de que objeto y circunstancias son idénticas.
- El resultado puede ser más grave o menos grave.

Para el primer supuesto se ha planteado dos soluciones: la primera solución es la de tratar el asunto como un homicidio consumado (Welzel). La segunda solución es la de tratar el asunto como un concurso de tentativa de homicidio respecto a Pedro, con homicidio imprudente respecto a Luis (Mir Puig).

Para el segundo supuesto –cuando el resultado es más grave o menos grave– se estará ante el resultado que quiso causar el agente.

5. Error sobre el curso causal

Se da esta modalidad de error cuando el autor quiere producir un resultado y lo produce, pero por un conducto distinto del programado.

Se trata de un error en el proceso delictivo, aunque no en el objeto que termina lesionado de todos modos.

Jescheck dice al respecto que se trata de un hecho que se consuma en dos actos cuya estimación equivoca el autor, al creer equivocadamente que el resultado lo es del primer acto, cuando en realidad lo es del segundo.

Ejemplo: el autor hiere a la víctima con *animus necandi*, quien no muere a causa de las heridas sino a causa de un severo accidente

[659] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 409.

de la ambulancia que lo conducía al hospital. Naturalmente que en ejemplo propuesto la desviación del proceso causal excluye la imputación objetiva[660].

Veremos en seguida cómo se aplica en la jurisprudencia nacional las cuestiones referidas a la teoría del error de tipo:

- Distinción entre error de tipo y error de prohibición: *«[E]l imputado, cuando los hechos, era un joven de veintiún años de edad; que ahora bien, dicho imputado alega que desconocía que la agraviada tenía menos de catorce años –error de tipo– y que no sabía que tener trato sexual con una persona de esa edad era delito –error de prohibición–; que, empero, dada la forma y circunstancias en que se desarrollaron los hechos y las vinculaciones previas con la agraviada, no es posible aceptar que el imputado no estaba al tanto de la edad de aquella, así como tampoco que haya desconocido de la delictuosidad del trato sexual con una niña menor de catorce años, dado que en este último supuesto es de anotar que el imputado era un joven citadino y había cursado incluso el tercer año de secundaria»* (Ejecutoria suprema del 3 de septiembre de 2004, R.N. Nº 1402-20047-San Martín)[661].
- Error de tipo: *«El error surge cuando el sujeto tiene una falsa representación de la realidad o no entiende de manera correcta el significado social o jurídico de sus actos. Ahora bien, el error de tipo se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 14º del Código Penal, este recae sobre un elemento objetivo del tipo que el agente desconoce o no reconoce realmente»* (Ejecutoria suprema del 1 de octubre de 2004, R.N. Nº 63-2004-La Libertad)[662].
- Error de tipo invencible y vencible: *«El error invencible se presenta cuando, a pesar de haber actuado con la diligencia debida, el sujeto no puede darse cuenta de su error, es decir es un error de*

---

[660] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 258; MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 409.

[661] SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 333.

[662] CASTILLO ALVA, *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 75.

carácter insuperable, en donde el agente queda exento de responsabilidad penal, pues se elimina tanto el dolo como la culpa, configurándose una causal de atipicidad [...]. El error de tipo es de carácter vencible si el sujeto, actuando dentro de los parámetros de la diligencia debida, hubiese podido darse cuenta del error en que incurría, se trata pues, de un error superable, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y el hecho será sancionado como un delito culposo siempre y cuando se encuentre tipificado específicamente en el Código Penal, ya que, según lo establece el artículo 12º del código sustantivo, con relación a los delitos culposos se adopta el sistema de 'numerus clausus'» (Ejecutoria suprema del 1 de octubre de 2004, R.N. Nº 63-2004-La Libertad)[663].

V. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA TIPICIDAD DISTINTOS DEL DOLO

El elemento subjetivo fundamenta l del tipo doloso, es el dolo. Hay casos, sin embargo, en el que el tipo requiere de un elemento subjetivo adicional. Se trata en definitiva «de todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distinto al dolo que el tipo exige, además de este, para su realización»[664]. Estos elementos conforman los siguientes tipos penales:

1. Tipos de tendencia interna trascendente

Llamados delitos de intención. Son aquellos que contienen una finalidad o propósito que trasciende la mera realización del tipo.

Ejemplo: ánimo de lucro en el tipo de hurto, del artículo 185º del Código Penal.

La consumación del delito exige se logre el móvil trascendente del agente de modo que si el apoderamiento de la cosa ajena no persigue el ánimo de lucro hay atipicidad, salvo que el aspecto realizado integre otro tipo[665].

---

[663] Loc. cit.

[664] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 262.

[665] Ibídem, p. 263.

Son dos las modalidades que pueden adoptar los tipos de tendencia interna trascendente:

- Delitos de resultado cortado: el agente al actuar pretende un resultado extratípico, independiente y posterior. Aunque no se alcance el resultado que se pretende se consuma el tipo. Ejemplo: el delito de rebelión del artículo 340º del Código Penal para deponer al gobierno.
- Delitos mutilados de dos actos: aquí la realización de la conducta típica, tiene valor instrumental, respecto de un segundo alcance que se ha propuesto el autor. Ejemplo: matar para facilitar u ocultar otro delito, propio del asesinato del tipo del artículo 108º del Código Penal.

2. Tipos de tendencia interna intensificada

Estamos ante una ejecución del tipo en la que el agente enfatiza (intensifica) cierto móvil, cierta actitud interna. Ejemplo: en el asesinato con gran crueldad del artículo 108º, en el que el autor quiere que la víctima sufra y muera.

Un sector de la doctrina objeta que este tipo penal, revive el Derecho penal de *animus*[666] o que cae en peligrosa imprecisión[667].

[666] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 116.

[667] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 117.

Capítulo XIV
TIPO IMPRUDENTE DE COMISIÓN

SUMARIO: I. Introducción. II. Tipo de injusto culposo. 1. Tipo de injusto culposo objetivo. 2. Tipo de injusto culposo subjetivo. a. Culpa consciente. b. Culpa inconsciente. III. Infracción de la norma de cuidado. IV. El resultado. 1. El resultado como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. 2. El resultado debe entrar en el ámbito de la norma. 3. Conclusión por imputación objetiva.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1991 conserva el sistema franco-germánico o de *numerus clausus* para el tratamiento del delito culposo, omitiendo en la parte general el concepto de imprudencia, reservando para la parte especial, la descripción de los tipos imprudentes.

El sistema de *numerus clausus* es garantista pues permite con más seguridad jurídica saber en qué casos se está en el supuesto culposo, dado que se trata de una tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia[668].

La regla es entonces, la de los delitos dolosos. La excepción, la de los culposos.

El tratamiento del delito culposo es reciente, y se remonta a los inicios de este siglo con el desarrollo de las sociedades modernas y el tráfico aéreo y principalmente rodado.

---

[668] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 269.

Con ocasión del tipo imprudente la dogmática jurídico-penal diseñada para el tipo doloso hubo de reconstruirse además de mutar en el esquema causal, desde el aporte de Liszt-Beling que trataba el dolo y la culpa como modalidad de culpabilidad, hasta el más reciente de Baumann, Mezger y Blei[669] que estudian la culpa en su versión típica, como infracción del deber de cuidado y en la versión culpabilista, como previsibilidad. En el modelo final de acción la culpa deja la culpabilidad y se la comprende en el tipo.

El estado actual de la cuestión se ha centrado en la moderna teoría de la imputación objetiva.

Es característica del tipo penal culposo su imprecisión y su naturaleza abierta[670] ya que corresponde al juez determinar, a partir del caso concreto, la conducta prohibida. Tal es el caso del artículo 111º del Código Penal en el que el legislador no dice qué entiende por culpa en el homicidio culposo.

Los tipos culposos que prevé el Código Penal peruano son 15: homicidio culposo (artículo 111º), lesiones culposas (artículo 124º), autorización ilegal de matrimonio (artículo 141º), quiebra culposa (artículo 210º), contra los bienes culturales (artículo 229º), delitos de peligro común (artículo 278º), contra los medios de transporte (artículo 282º), contra la salud pública (artículo 288º), contra la ecología (artículos 304º, 307º), contra el Estado y defensa nacional (artículo 330º), resistencia y violencia a la autoridad-sustracción de pruebas (artículo 372º), peculado (artículo 387º) y favorecimiento de fuga (artículo 414º).

---

[669] Cfr. TAVAREZ, Juárez, *Derecho penal da negligencia. Una contribuçao a teoría do crimen culposo*, Editora Revista dos tribunais, Sao Paulo, 1985, pp. 7 y ss.

[670] No es pacífico el punto de que los tipos penales culposos son abiertos. JAKOBS dice todo lo contrario: «Los tipos de los delitos imprudentes no son tipos abiertos, y ni siquiera están menos determinados que los delitos dolosos. Tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes el autor debe deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de la prohibición de causar» (JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 388). En igual sentido, RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*, Grijley, Lima, 2007, p. 68.

II. TIPO DE INJUSTO CULPOSO

El tipo culposo tiene como estructura una parte objetiva y una subjetiva.

1. Tipo de injusto culposo objetivo

Objetivamente el tipo culposo se realiza cuando el agente incumple el deber de cuidado que la situación le exigía.

En el tipo culposo a diferencia de lo que se da en el doloso, el agente dirige su conducta a meta distinta de la que se materializa en el resultado.

La conducta imprudente no está descrita en el tipo, ello es tarea del juez con motivo de analizar los hechos a partir del resultado lesivo en cada caso, y luego de predeterminar que el resultado, por ser cognoscible, era en efecto previsible y en consecuencia evitable. La conducta del sujeto activo debe indicarle al juez la cuota en la que aumentó objetivamente el riesgo para la víctima, contribuyendo a un resultado evitable de haber obrado observando el debido cuidado ya que como dice Jakobs, «la imprudencia es, pues, aquella forma de evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse»[671].

2. Tipo de injusto culposo subjetivo

Subjetivamente el tipo culposo revela que el agente quiso infringir el deber de cuidado y sabía que lo hacía. Paralelamente el autor no debió haber querido el resultado lesivo pues de lo contrario el tipo sería doloso. A esto se llama elemento negativo de no haber abarcado con la conciencia el resultado típico[672].

Dos son las clases de culpa según el contenido psicológico de la imprudencia: consciente e inconsciente.

---

[671] JAKOBS. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 382.

[672] RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 72.

a. Culpa consciente

En este supuesto el autor de la conducta imprudente, sin querer el resultado, admite su posibilidad y sin embargo prosigue confiado en que no ocurrirá lo peor (no olvidar que si el autor deja de confiar y prosigue, el suyo será uno de dolo eventual). A la culpa consciente se la llama también 'con representación' pues el autor en efecto se representa mentalmente la causación del resultado.

b. Culpa inconsciente

Aquí, igualmente sin querer el resultado lesivo, el autor ni siquiera anticipa su posibilidad, y no se percata del peligro. Se le llama también culpa sin representación pues en efecto está ausente en el autor.

La magnitud del reproche a cada una de las culpas que exhibió el autor en el caso concreto dependerá de la exigencia del deber objetivo de cuidado.

Debido a la enorme relevancia práctica que encierra la distinción entre culpa consciente y dolo eventual, esta problemática no podía estar ausente en la labor interpretativa de los tribunales de justicia de nuestro país. Veamos:

- Diferencias entre culpa consciente y dolo eventual: «*Lo que diferencia, dentro de esta línea de análisis, al dolo eventual de la culpa consciente es que en el primer caso el agente considera seriamente la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, per se, o por otra persona. En la culpa consciente existe por el contrario la creencia de que el peligro no va concretarse*» (Ejecutoria superior del 24 de noviembre de 2004, Exp. Nº 306-2004 [caso Utopía]).

  «*El objeto de conocimiento no es, pues: 'la posibilidad de realización típica', sino la 'concreta previsión de la realización típica'; con lo que el elemento fundamental del tipo subjetivo·imprudente pasa a ser: la 'cognoscibilidad del concreto peligro de realización típica', tanto en los supuestos de culpa consciente como inconsciente; mien-*

tras que si existe 'conocimiento del concreto peligro de realización típica', estaremos ante un supuesto doloso. Hablamos pues de 'cognoscibilidad' y no de 'conocimiento' en ambas modalidades de culpa sobre la base de que, tanto en la consciente como en la inconsciente, se produce un error sobre el contenido de la efectiva realización típica; o dicho de otra forma, el núcleo del tipo subjetivo imprudente es: el desconocimiento de la concreta peligrosidad de la conducta. El conocimiento que interesa al Derecho penal no es de la 'posibilidad de realización típica', sino conocimiento o conocimiento 'del concreto peligro de realización típica', cuando se dé esta clase de conocimiento habrá dolo y, cuando no, imprudencia, siempre que además se pruebe la cognoscibilidad» (Sentencia del 17 de octubre de 2007, Exp. Nº 1105-2003 [caso Mesa Redonda]).

III. INFRACCIÓN DE LA NORMA DE CUIDADO

El deber de cuidado surge de la norma[673] lo mismo que de las recomendaciones de un órgano competente, lo que se exige al autor en el delito culposo de comisión es que omita el comportamiento descuidado; de la misma manera que en el delito culposo de omisión el autor debe por el contrario, actuar con cuidado[674].

El criterio de referencia obligada es el de la «imputación objetiva», y con arreglo al mismo será en la imprudencia «penalmente relevante solo la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable»[675] según los criterios de imputación estudiados precedentemente.

Jescheck sistematiza el punto señalando que la infracción de la norma tiene dos aspectos: uno de deber de cuidado interno y otro de deber de cuidado externo[676].

---

[673] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 384.

[674] SCHMIDHÄUSER, Eberhard, citado por JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 384.

[675] Ibídem, p. 385.

[676] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 797.

i. *El deber de cuidado interno.*- El ciudadano, conforme este deber está obligado a advertir aproximadamente la presencia del peligro como presupuesto de su conducta prudente.

ii. *El deber de cuidado externo.*- Aquí de lo que se trata es del deber que tiene el ciudadano de comportarse externamente conforme la norma de cuidado anticipada. Tres son las normas que adopta el deber de cuidado externo:

- *Deber de omitir acciones peligrosas.*- Hay comportamientos que de por sí son peligrosos y llevan implícita la infracción del deber de cuidado. Por ejemplo: el manejo temerario de un automóvil, para un aprendiz de manejo. Otro ejemplo puede darlo el médico principiante, que sin mediar estado de necesidad, emprende una operación quirúrgica para la que no está debidamente preparado.
- *Deber de tomar las precauciones del caso e información previa.*- Este deber consiste en tener particular cuidado antes de emprender acciones peligrosas, tomando medidas externas. Ejemplos: el piloto de un avión deberá cumplir con los pasos que le indica la lista de chequeo, antes de emprender el vuelo; el médico deberá ordenar el examen de riesgo quirúrgico y leer la historia u hoja clínica del paciente antes de iniciar la operación.
- *Deber de actuar prudentemente en situaciones de riesgo.*- Hay comportamientos que son riesgosos, aunque permitidos por la vida moderna (riesgo permitido). En este supuesto, el obrar del ciudadano debe ser prudente de modo de no aumentar este riesgo permitido. Tal es el caso de operaciones quirúrgicas, el tránsito rodado, empleo de máquinas industriales peligrosas.

Advertir además, que el deber de cuidado en muchos casos tiene un referente normativo que regula ciertas actividades. Tal es el caso de las normas de tránsito, de seguridad industrial o la llamada *lex artis* que obliga a ciertos profesionales. Sin embargo, aun cuando se produjera el quebranto de estas normas, es imperativo que se le pueda imputar objetivamente el resultado.

Respecto del baremo de la imprudencia, se debe tomar en cuenta la «concreta situación que rodea al hecho pues la objetiva norma de cuidado dependerá de lo exigible que le sea a un hombre normalmente diligente en la situación del autor, a partir de un juicio *ex ante* que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación del autor al actuar»[677].

En lo que a capacidades sobresaliente se refiere debe entenderse que se trata de facultades o capacidades actualizadas en el momento del acto, y no de las que potencialmente exhibe el autor de ordinario.

IV. EL RESULTADO

Es imprescindible el resultado en los delitos culposos. Integra el tipo. Realiza un hecho previsto en el tipo doloso. Es necesario que el resultado lo sea a causa de la infracción del deber de cuidado y que se le pueda imputar objetivamente al autor.

La primera cuestión que suscita el tema, es el de hasta qué punto es razonable que sea el resultado el que determine la gravedad de la imprudencia siendo que en este hay un 'momento de azar'[678], y siendo que cabe imaginar o conocer variedad de casos en que hay más conductas imprudentes sin resultado, que con resultado.

Welzel inicia el cuestionamiento de que la gravedad del acto imprudente se derive del resultado cuando dice: «el desvalor de acción como tal no puede ser aumentado por la producción del desvalor de resultado ni ser disminuido por su ausencia»[679]. El resultado solo cumple la función de darle relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma, y añade Welzel que «con esto se muestra cuan poco el resultado es parte esencial jurídico-penal del hecho culposo»[680]. Santiago Mir Puig comparte este criterio en España, lo que no descarta,

---

[677] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 276.

[678] EXNER, Franz, *Das Wesen der fahrlässigkeit*, Leipzig-Viena, 1910, p. 83.

[679] WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 163.

[680] Loc. cit.

en su ilustre criterio, «que sea el bien jurídico el que determine la gravedad de la imprudencia aunque no la magnitud de la lesión por motivos de política criminal garantista»[681].

Del cuestionamiento a la importancia del resultado para la graduación de la imprudencia han surgido los delitos de peligro en los que la importancia del resultado disminuye.

1. El resultado como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido

El punto de arranque es que el resultado lesivo debe haber sido producido, causado por la inobservancia del deber de cuidado, con lo que además de apelar a la teoría de la equivalencia de condiciones, se apelará a la de la imputación objetiva.

Welzel, tomando los ejemplos de Exner, pone el caso del niño que salta tan repentinamente a la calzada que es atropellado por un conductor descuidado, pero que de igual forma lo habría atropellado de haber estado conduciendo muy cuidadosamente[682], o el del médico que en una operación quirúrgica aplica para anestesiar, cocaína en vez de novocaína, produciéndose una muerte en la víctima que se hubiera producido de todos modos con la inyección de novocaína[683].

En estos ejemplos, según Welzel, falta la relación causal.

Cerezo Mir señala que «es necesario que se demuestre, con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiere evitado en caso de haberse observado el deber de cuidado»[684].

2. El resultado debe entrar en el ámbito de la norma

Además de la inobservancia del deber de cuidado objetivamente debido, el resultado debe caer dentro del ámbito de lo que la nor-

---

[681] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 281.

[682] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 163.

[683] Loc. cit.

[684] CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, T. I, p. 396.

ma trataba de evitar. Mir Puig, pone el caso del suicida que es atropellado por un conductor que manejaba a excesiva velocidad[685]. Aquí, no obstante el asunto del riesgo desaprobado, el objeto de la norma que regula la velocidad automotor no es evitar suicidios[686].

3. Conclusión por imputación objetiva

Es importante que la conducta del autor y el resultado a ella conectado se fundamente en un juicio de imputación objetiva, de modo que «situaciones de disminución de riesgo, riesgo diminuto y riesgo permitido por adecuado genere atipicidad»[687] como igualmente la genera, la autopuesta en peligro de la víctima[688].

- Elementos del tipo imprudente: *«El tipo objetivo de los delitos culposos o imprudentes exige la presencia de dos elementos: a) la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de experiencia, normas del arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo; y b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico»* (Ejecutoria suprema del 13 de abril de 1998, R.N. Nº 4288-97-Ancash)[689].

  *«Para la comisión de los ilícitos citados, se requiere que el autor haya infring*ido un deber objetivo de cuidado, sin el cual sería inútil *preguntarse por la responsabilidad penal. De faltar este elemento queda excluida la tipicidad de la conducta. Frente a la presencia del resultado (muertes y lesiones) es imprescindible consta-*

---

[685] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 283.

[686] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pássim.

[687] Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 109.

[688] Ibídem, p. 136.

[689] CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001*, Jurista, Lima, 2002, p. 181.

tar, luego de analizar la conducta de cada uno de los acusados, si han infringido el deber de cuidado» (Sentencia del 17 de octubre de 2007, Exp. Nº 1105-2003 [caso Mesa Redonda]).

Capítulo XV
LA OMISIÓN

SUMARIO: I. La omisión. II. Clases de omisión. 1. Omisión pura o propia. 2. Tipicidad objetiva en el tipo de la omisión propia. *a. Situación típica.* b. Omisión del acto debido. c. Capacidad personal de realizar el acto debido. 3. Tipicidad subjetiva en el tipo de la omisión propia. 4. Omisión impropia o de comisión por omisión. 5. Tipicidad objetiva en el tipo de la omisión impropia. 6. Posición de garante. a. Fuentes de la posición de garante. 7. Deber de control de una fuente de peligro. a. Actuar precedente. b. Deber de control de fuentes de peligro situado en el propio ámbito de dominio. c. Responsabilidad por conducta de terceros. 8. La consumación. 9. Tipicidad subjetiva en el tipo de omisión impropia. III. Creación legislativa reciente. El caso de España.

I. LA OMISIÓN

Hay una modalidad de comportamiento humano que podemos llamar de silencio conativo para el alcance de determinada meta o propósito debidamente anticipada por el agente, o para mantenerse en dicho estado (de silencio) por el motivo que sea, **pero debiendo y pudiendo actuar**, infringiendo así una norma imperativa o prohibitiva. A este particular estado de silencio conativo se le conoce con el nombre de omisión. Muñoz Conde lo describe diciendo de esta modalidad conductual, «que no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto está en situación de poder hacer»[690].

[690] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 29; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 164.

Le faltó añadir lo relativo al deber. A su turno dirá Cossío, desde una perspectiva naturalística, que la omisión, «es un no intervenir en el mundo y por este medio participar en la no-modificación del curso de los sucesos»[691].

Al protagonista de una omisión entonces, se le castiga por haber dejado de actuar **estando obligado y pudiendo hacerlo**.

En la hipótesis de la omisión, el silencio conativo de que trata y del que hemos dado cuenta, no se asimila al de quietud muscular *(non agere)*, sino al de la quietud incompatible con la exigencia que le impone la norma al agente, el mismo que bien podría –y siempre ocurre de esta forma– estar haciendo otra cosa *(aliud agere)*.

La doctrina sin embargo, ha entendido el concepto de omisión de manera muy variada a lo largo de su desarrollo.

Inicialmente predomina las teorías que construyen un concepto naturalístico de la omisión, destacando la propuesta de Radbruch para quien, «en la omisión ni hay hecho ni es necesario que haya voluntad»[692].

La famosa tesis de Radbruch que dice: «La omisión no solo no tiene en común con la acción los elementos de la voluntad, hecho y causalidad entre ambos, sino que precisamente se agota en su negación. Si en lugar de aquellos elementos poseyera otros elementos positivos, entonces todavía habría esperanzas de poder conciliarla con la acción. Pero tan cierto como es que no se puede subsumir en un supraconcepto afirmación y negación, 'a' y no 'a', tampoco es posible encuadrar a la acción y a la omisión en tal supraconcepto, llámese esta acción en sentido amplio, comportamiento humano o como quiera llamársele»[693].

---

[691] COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 466.

[692] RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff*, cit., p. 137.

[693] Ibídem, p. 142.

Siguen a Radbruch[694], Gallas, Gründwald, Quintano, Arthur Kaufmann, Lampe, Roxin, Otto, Cury, Cerezo, Shönke/Schröder, Huerta, Cobo -Vives.

El concepto causal de omisión resulta diminuto para resolver el asunto. El ejemplo de Gimbernat es elocuente al respecto cuando nos pone el caso siguiente: «cada vez que una persona toma un libro (hace) en una biblioteca que dispone de 100,000 volúmenes, está dejando de coger (no hace) los 99,999 restantes»[695].

Un nuevo concepto de omisión es el normativo, por el que se permite de un conjunto de comportamientos omisivos, aquellos que son jurídicamente relevantes, así «la omisión no consiste en un comportamiento pasivo, sino en abstenerse de hacer algo que debería haberse hecho»[696].

II. CLASES DE OMISIÓN

La omisión consiste en un no hacer aquello que se debe y se puede, bajo la exigencia de una norma imperativa, o que el agente, por su comportamiento omisivo, facilita la realización del tipo en su forma comisiva, pues violenta una norma prohibitiva. Tendríamos dos clases de omisión: omisión pura o propia y comisión por omisión u omisión impropia.

1. Omisión pura o propia

Predicada precisamente como pura o propia, esta es una omisión en el sentido estricto del vocablo pues el que la opera está expresamente violentando e incumpliendo una norma imperativa precisa del catálogo, que le ordena hacer algo. El sujeto activo está en «posición de deber».

---

(694) GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», en: *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 199.

(695) Ibídem, cit., p. 186.

(696) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 148.

Ejemplo típico de esta clase de omisión lo tenemos en la omisión de auxilio (artículo 127º del Código Penal).

En efecto el acotado artículo 127º exige que quien encuentre a un herido o a cualquier otra persona en estado grave y de inminente peligro debe socorrerlo.

El sistema seguido por el legislador peruano es el de *numerus clausus* en la parte especial del Código.

El tipo de omisión pura tiene, como todo tipo penal, un elemento objetivo y uno subjetivo.

2. Tipicidad objetiva en el tipo de la omisión propia

Tres son los hechos de que da cuenta la tipicidad objetiva en la omisión pura:

a. Situación típica

Se da esta situación cuando se presenta el supuesto de hecho que prevé la norma específica que nos obliga a actuar. El caso es el del artículo 127º del Código Penal. Por ejemplo: encontrarse con un herido o cualquier otra persona en estado grave e inminente peligro.

b. Omisión del acto debido

Este hecho se da cuando presentada la situación típica (en el caso del artículo 127º del Código Penal, encontrarse con un herido, etc.) se omite o deja de prestarse el auxilio inmediato que el citado artículo obliga, por lo que a efectos de la consumación de este delito, no es necesario la producción de un resultado témporo espacial separable de la conducta omitida, es decir, vienen a ser la contrapartida de los delitos comisivos de mera actividad.

c. Capacidad personal de realizar el acto debido

En este punto el hecho ha de consistir en que el actor puede prestar el auxilio sin riesgo propio o de tercero y por estar en situa-

ción próxima a la del necesitado y gozar de condiciones psicológicas y físicas adecuadas a la exigencia, para lo cual «se partirá del baremo de un hombre mentalmente normal, pero situado en la posición del autor, con sus conocimientos anteriores, y de la situación como base de la posibilidad de advertir la presencia de la situación típica y del poder actuar externo»[697].

3. Tipicidad subjetiva en el tipo de la omisión propia

Se puede admitir en términos generales que la omisión propia puede darse a la manera dolosa y a la culposa cuando en este último caso lo prevé la ley.

El sujeto activo cuando omite la acción debida, o exigida, deberá saber y querer que omite, correspondiéndole este estado a la no realización de la conducta.

Es pues dominante el criterio de que el sujeto debe conocer la situación y el correspondiente deber de actuar pues de lo contrario estamos ante un error de tipo o de prohibición según el caso[698].

Particularmente complejo resulta el caso de quien es indiferente al resultado de su omisión o por estar conforme con ese resultado no necesita operar ningún mecanismo de esfuerzo omisivo. Es el caso de quien ve al accidentado y le resulta tan indiferente que ni siquiera se representa la acción de socorro, con lo que «al faltar aquí toda decisión, no habrá tampoco voluntad de realización»[699].

La doctrina para este caso propone tres soluciones:

- Se niega el dolo en quien ni siquiera tomó decisión de no intervenir, por haberle sido indiferente el punto[700], con lo

---

[697] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 303.

[698] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 307.

[699] Ibídem, p. 308.

[700] LAMPE, Ernst Joachim, «Ingerenz oder dolus subsequens?», en: *ZStW* 72 (1960), p. 98.

que «se privilegiaría naturalmente al autor totalmente indiferente o que está de acuerdo con el resultado negativo»[701].

- Esta segunda solución la propone Jescheck[702], y en ella se plantea reducir el dolo a su dimensión cognitiva pues a partir «del conocimiento total de la situación (incluyendo la posibilidad de la propia intervención) se determina la existencia del dolo»[703].
- La tercera propuesta corresponde a Armin Kaufmann y a Welzel[704], quienes plantean que es opuesto a la naturaleza de las cosas exigir dolo en los delitos de omisión, bastando con el 'no querer' del autor, 'realizar la conducta debida'[705].

4. Omisión impropia o de comisión por omisión

En este supuesto el actor realiza el tipo penal que contiene una norma prohibitiva de manera omisiva. El actor 'comete' el acto 'omitiendo' hacer aquello que ciertamente impediría el resultado. Bacigalupo precisa que se trata de «infracciones no tipificadas del deber de impedir un resultado de un delito de comisión (tipificado)»[706].

Se trata de una conducta (de no hacer) que se corresponde o equivale a la de hacer. El caso paradigmático por excelencia de este género de omisión es el acto infanticida de la madre que deja morir por inanición a su hijo recién nacido.

El punto sin embargo, no es pacífico por aquello de *ex nihilo nihili fit* –de la nada, nada deriva–. El caso es que desde una perspectiva óntico-naturalístico, las cosas son en efecto así, con lo que estamos de cara a un universo indeterminable y descomunal de conduc-

---

(701) STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 308.

(702) JESCHECK, citado por STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 308.

(703) Loc. cit.

(704) Loc. cit.

(705) MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 304.

(706) BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 228.

tas omisivas que la vida social moderna nos ofrece y de las que derivan igual calidad y número de responsabilidades de no atenernos a ciertas reglas (garantistas) que seleccione de aquel universo las conductas que la sociedad organizada no debe consentir, pues 'espera' que el agente actúe evitando el resultado, so pena de imputárselo.

La regla jurídica madre que garantiza la selección será la de la «posición de garante» en que se halla el agente frente al bien jurídico.

Debemos a Nagler, la tesis de la posición de garante, a partir de la cual se debe entender que, «hay una categoría de omisiones (las impropias) que son por completo dependientes del tipo comisivo, del que no son sino modalidades de realización. Lo que no quiere decir que toda omisión de una conducta activa que hubiere impedido el resultado sea, sin más, típica. Para que así suceda, es preciso que el omitente se halle situado en una especial posición de la que derive, inmediatamente, una obligación por su parte de garantizar determinados bienes jurídicos»[707].

Se advierte entonces, que la tesis de Nagler hace típicamente equivalente la omisión con la comisión activa del resultado, por la posición de garante que tiene el autor.

Con un criterio amplio que comprende todo género de normas Gimbernat define la omisión como, «aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara»[708].

«Esta posición de garante es la que permite que el resultado acaecido pueda imputarse a una omisión, y en ella radica la esencia de la comisión por omisión»[709].

Se trata en suma, de una obligación que tiene el agente de evitar el resultado, nacida de su particular vinculación natural, legal o

---

[707] HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 60-61.

[708] GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», en: *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 199.

[709] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 302.

real, con la víctima, o de las circunstancias concretas. Para el primer caso sirven de ejemplo de posición de garante la relaciones parentales (padres-hijos) legales (matrimonio, policía), amicales (excursionistas), consensuales (salvavidas).

Para el segundo supuesto, la posición de garante nace de los actos precedentes del agente, creadores de peligro, como ocurre en el tenedor de armas de fuego. Se está frente al deber de vigilancia transgredido.

Las instituciones familiares o estatales son fuente de responsabilidad y originan lo que Jakobs denomina «incumbencia en virtud de una competencia institucional»[710].

El Código Penal peruano recoge esta estructura en **la cláusula de equiparación u homologación**, contenida en el artículo 13º que dice:

> «***Artículo 13º***.- *El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:*
>
> 1. *Si tiene el deber legal o jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y*
> 2. *Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada*».

Según el sistema de cláusula cita, el legislador precisa los supuestos de homologación de la conducta omisiva con su comisiva correspondiente, en dos niveles:

- Deber jurídico o legal de impedir el hecho.
- Si la omisión se corresponde, por equiparación, a la realización comisiva del tipo.

El primer nivel alude de modo expreso a la posición de garante nacida de la incumbencia en virtud de una competencia institucional (Jakobs), que comprende responsabilidades diversas (paterno-filia-

[710] JAKOBS, Günther, citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, cit., p. 54.

les; Estado-ciudadanos, etc.), del deber de vigilancia de una fuente de peligro (Muñoz Conde).

En el segundo nivel el legislador consagra la fórmula de equiparación u homologación de la omisión con la comisión.

El Código Penal peruano en este punto se ha inspirado en el parágrafo 13 del StGB –Código Penal alemán– que dice: «Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, solo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponde con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa».

5. Tipicidad objetiva en el tipo de la omisión impropia

En el tipo de la omisión por comisión, se agrega a los elementos tenidos en cuenta para la omisión pura (situación típica, ausencia de acción determinada y capacidad de actuar), los que son menester para los fines de la imputación objetiva como son: La posición de garante y el control de la fuente de peligro.

6. Posición de garante

Esta posición se integra a la situación típica de todo delito omisivo y «se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro»[711].

Se trata de la llamada «teoría de las funciones» desarrollada por Armin Kaufmann[712] a partir de la relación funcional existente entre el autor y el bien jurídico, con lo que se supera la teoría formal del deber jurídico.

En el mismo sentido Bacigalupo dice del garante que «puede estar relacionado tanto con uno como con varios bienes jurídicos y la

---

[711] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 305.

[712] KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Otto Schwarts, Göttingen, 1959, pp. 283 y ss.

posición de garante requiere esencialmente que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión»[713].

a. Fuentes de la posición de garante

i. ***Estrecha vinculación familiar o legal:*** comprende principalmente las relaciones paterno-filiales en virtud de las cuales, entre sí deben socorrerse obligatoriamente. Así, los hijos menores dependen de los padres y los padres pueden depender a su turno de los hijos[714].

Se comprende en este supuesto las relaciones de concubinato y las de adopción conforme el Código Civil.

ii. ***Asunción voluntaria de protección:*** quien asume una protección se coloca en posición de garante. Ejemplo: El lazarillo, que se ofrece poner a buen recaudo a un ciego.

Con anterioridad la doctrina acudía al contrato como fuente. Ejemplo: enfermeras contratadas.

iii. ***Comunidad de peligro:*** se trata de la posición de garantes múltiples que asumen los copartícipes de una actividad colectivamente riesgosa. Tal el caso del excursionista que emprende, con sus pares, el escalamiento del Huascarán. En este supuesto, el andinista que sufra un percance deberá ser auxiliado por sus compañeros de aventura.

7. Deber de control de una fuente de peligro

Quien ha creado una fuente de peligro (v.gr. un incendio), asume las responsabilidades correspondientes a la salvaguarda de los bienes jurídicos, que con motivo de dicho incendio peligran.

Otro ejemplo lo da el dueño de un perro, que asume la responsabilidad de cuidar que el animal no muerda a las personas.

---

[713] BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983, p. 143.

[714] Vid. artículo 74º del Código de los Niños y los Adolescentes, Ley Nº 27337 de 7 de agosto de 2000.

Ejemplo: El conductor de un vehículo automotor es garante y está obligado a evitar los resultados de un accidente.

La doctrina alemana reconoce tres supuestos:

a. Actuar precedente

Llamada también 'injerencia', se entiende por actuar precedente la de quien «ha provocado, por su conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico y está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión»[715].

El inciso 1 del artículo 13º del Código Penal peruano, se refiere a este actuar precedente cuando alude a aquello de haber creado un peligro inminente que fuere propio para producirla.

b. Deber de control de fuentes de peligro situado en el propio ámbito de dominio

El que tiene bajo su control diversas fuentes de peligro, debe controlar la situación a fin de que no resulten lesionados los bienes jurídicos.

Ejemplo: el domador de fieras, si se le escapara una de ellas, debe resolver el trance.

c. Responsabilidad por conducta de terceros

Se trata del caso de quien tiene obligación de vigilancia de terceros (pacientes psiquiátricos, hijos). En el caso de las barras bravas deportivas del Perú y otros países, los padres están obligados a evitar que causen daños a terceros. El caso de los reclusos en cárcel es elocuente al respecto.

8. La consumación

Se requiere la producción de un resultado típico, correspondiente a un tipo comisivo, que se ha de tener como punto de referen-

(715) MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 312.

cia, es decir, la omisión impropia viene a ser la contrapartida de los delitos de resultados, por lo que una derivación de lo antes mencionado es la posibilidad de la tentativa en los delitos impropios de omisión.

9. Tipicidad subjetiva en el tipo de omisión impropia

Para el tipo de omisión impropia vale lo dicho para el supuesto de omisión pura, con el añadido de que el dolo deberá abarcar la evitabilidad del resultado.

- Estructura de la omisión impropia: «*La modalidad delictiva genérica de omisión impropia solo se configura cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de garante con relación al bien jurídico, entendido como el deber de realizar acciones de salvamento y protección para evitar su lesión o puesta en peligro, por situarse el bien jurídico en una relación de dependencia respecto a quien ostente dicho deber*» (Ejecutoria suprema del 18 de junio de 1998, R.N. Nº 1384-98-Arequipa)[716].

  «*Nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente; de allí que estructuralmente los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes, están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios, o llamados también de comisión por omisión; respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo 13º, establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello, es preciso constatar no solo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resul-*

[716] ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, cit., T. I, pp. 106-108.

tado por parte el agente frente al bien jurídico o posición de garante» (Ejecutoria suprema del 25 de agosto de 1999, Exp. Nº 2528-99-Lima).

III. CREACIÓN LEGISLATIVA RECIENTE. EL CASO DE ESPAÑA

Recién con el Código Penal de 1995, los españoles, tomando como base el parágrafo 13 del Código Penal alemán, y el texto de su Anteproyecto de 1992, han incluido su cláusula 11 que reza como sigue:

> «***Artículo 11º.-*** *Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*
>
> – *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
>
> – *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».*

El inciso 1 contiene una cláusula de equiparación sujeto a la condición de que se traten de delitos o faltas productoras de resultado, y que esta producción del resultado por equivalencia se corresponda con el sentido lingüístico ordinario de la ley y que exista un deber jurídico del autor (posición de garante). Al respecto nos aclara Vives Antón que «no basta la equivalencia material sino que la comisión ha de ser equivalente en el sentido del texto de la ley»[717]. En el segundo inciso se hace mención en el Código español bajo comentario al actuar precedente conforme el principio de injerencia, pero a condición que el actuar precedente haya sido doloso.

---

[717] VIVES ANTÓN, Tomás, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, Vol. I, p. 88.

Capítulo XVI
TIPOS DE IMPERFECTA REALIZACIÓN. TENTATIVA

SUMARIO: I. Fases del delito o *iter criminis*. 1. Actos preparatorios. 2. Tentativa. a. Punto crítico de diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Comienzo de la ejecución. 3. Fundamento de la punición de la tentativa. a. Teoría objetiva. b. Teoría subjetiva. c. Teorías mixtas. 4. Tipos de la tentativa. a. Tipo objetivo. b. Tipo subjetivo. II. Modalidades de realización imperfecta. 1. Tentativa inacabada. 2. Tentativa acabada. 3. Tentativa inidónea. III. Desistimiento voluntario. IV. Caso de la intervención de pluralidad de agentes. V. La consumación.

Podemos fijar que la progresión de la conducta delictiva supera varias etapas: planificación, preparación, comienzo, ejecución, consecuencia y conclusión. Estamos entonces, frente al tema de las formas de aparición del delito. A este proceso se le conoce como el *iter criminis*, camino del crimen.

I. FASES DEL DELITO O *ITER CRIMINIS*

El delito tiene una fase interna y otra externa. Se quiere señalar como fase interna, aquella previa a la iniciación del delito, que transcurre en la mente del autor como un proceso psicológico de ideación, que comprende la representación mental del delito, querido por el agente, y la apreciación de lo que estima sus dificultades e implicaciones jurídicas y morales. El autor delibera, calcula los pros y los contras, puede planificar, puede decidir llevar a efectos la con-

ducta prohibida por la norma, puede incluso hacerse la declaración correspondiente, a condición en este supuesto de no estar ante la amenaza o instigación.

Esta etapa interna no es comprendida por los tipos penales. El Derecho no puede castigar el pensamiento libérrimo del autor proyectado. Ya decía Ulpiano *cogitationem poena nemo patitur*[718]. Interno será, dice Jakobs, «el ámbito de los derechos protegidos absolutamente, en el que nadie puede inmiscuirse»[719].

La fase externa, en cambio trae complicaciones. Comienza la fase externa con los actos preparatorios y comprende además la tentativa, la consumación y el agotamiento. La preparación y la tentativa pueden ser problemáticas «ya que ambas pueden constituir una seria amenaza para la paz jurídica; la preparación crea las condiciones previas para la agresión contra un bien jurídico, la tentativa contiene un peligro abstracto para el bien jurídico protegido por la norma concretada en el tipo»[720].

1. Actos preparatorios

Los actos preparatorios comprenden el conjunto de conductas orientadas a crear las condiciones adecuadas al propósito del ataque al bien jurídico. El autor elige los medios, prepara el terreno, puede asociarse, etc.

El momento mínimo de la preparación lo da el conjunto de actividades que no trasciende el «planear para si»[721]. El momento máximo lo da el instante inmediato anterior a la iniciación de los actos ejecutivos.

---

[718] ULPIANO, *Digesto*, Libro XLVII, Título 19, Ley 18.

[719] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 853.

[720] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 5.

[721] Ibídem, T. II, p. 8.

Los actos preparatorios son externos, objetivables y equívocos pues pueden anticipar actos socialmente permitidos[722].

Clasificatoriamente, los actos preparatorios pueden ser funcionales cuando «guardan íntima conexión con el proceso del delito y se hallan vinculados a algún tipo penal específico»[723].

Los actos preparatorios pueden ser impropios, cuando «no indican nada penalmente relevante, a la manera de la inmensa mayoría de los actos humanos»[724]. «Serán imperfectos cuando, respecto de su propósito, «muestran insuficiente contenido delictivo»[725].

Además son atípicos, y en consecuencia impunes; ello responde a criterios prácticos de probanza y de política criminal[726].

Hay casos sin embargo en los que el legislador, por política criminal, ha decidido que algunas de sus acciones preparatorias son peligrosas por lo que las ha tipificado.

En el Perú, el Código Penal de 1991 tipifica los actos preparatorios de: fabricación y falsificación de moneda (artículo 252º), delitos de peligro común (artículo 273º), fabricación, suministro y tenencia de armas y explosivos (artículo 279º); tráfico ilícito de drogas (artículo 296º); asociación ilícita (artículo 317º); conspiración (artículo 349º); seducción, usurpación y retención de mando de tropas (artículo 350º).

En la legislación especial de terrorismo también se reprimen los actos preparatorios. Actos de colaboración D.L. Nº 25475 y D.L. Nº 25659, tales como suministrar información de personas y patri-

---

[722] ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Grijley, Lima, 1997, p. 101.

[723] ROJAS VARGAS, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., p. 106.

[724] Loc. cit.

[725] Loc. cit. (sigue a WELZEL).

[726] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 8.

monio, cupos de guerra, alojamiento, actos de ocultamiento de terroristas.

El fundamento de la punición de los actos preparatorios «es la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal»[727].

La legislación española (Código Penal de 1995) pune la conspiración, proposición y provocación para los supuestos de homicidio, asesinato, lesiones, detenciones y secuestros, terrorismo y traición[728].

En cuanto a su naturaleza jurídica, se dice de los actos preparatorios que son «modalidades anticipadas de coautoría»[729].

2. Tentativa

Cuando el autor pasa el límite máximo de los actos preparatorios e inicia los actos ejecutivos, estamos frente a la tentativa.

El Código Penal peruano, en su artículo 16º dice:

> «***Artículo 16º***.- *En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.*
>
> *El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena*».

Dice Welzel que «la tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito»[730] y añade que «en la tentativa el tipo objetivo no está completo, por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado»[731].

---

[727] Ibídem, p. 8.

[728] CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general. Lecciones*, 2ª ed., Madrid, 2000, p. 160.

[729] Loc. cit.

[730] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 224.

[731] Loc. cit.

Nuestro legislador, pues, ha incorporado este concepto en el tipo del artículo 16º citado, comprendiéndose dentro de la tentativa todo el proceso de ejecución, sin consumar el delito.

Viendo así las cosas, «la tentativa se ubica entre la preparación y la consumación y a diferencia de la preparación, su inicio significa un ingreso inmediato a la imagen guía del delito»[732] y se distingue de la consumación en que «no completa el tipo objetivo aunque sí la totalidad de la parte subjetiva»[733]. La tentativa vista de esta forma «representa un defecto de tipo»[734].

Podemos decir de la tentativa que es un tipo fracasado, trunco, incompleto, o asimétrico, por faltarle su bloque objetivo. Claus Roxin dice que la tentativa «es esencialmente no consumación del delito, lo que significa que el tipo de delito no ha sido realizado en su totalidad»[735].

Fiandaca y Musco dicen que «se presenta la figura del delito tentado o tentativa en los casos en los cuales el agente no ha llegado a perfeccionar el delito programado»[736].

a. Punto crítico de diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Comienzo de la ejecución

Cuando comienzan los actos ejecutivos, es cuando hemos ingresado al campo de la tentativa, abandonando el de los actos preparatorios. Ese punto de demarcación es el que debe ser fijado tanto más cuanto que la ley (artículo 16º CP), señala que en la tentativa «el agente comienza la ejecución de un delito».

Hay diferentes criterios que han sido manejados en el Derecho penal para la determinación del punto en que se da inicio a la ejecución de un delito. Estos criterios se han plasmado en las siguientes teorías:

---

[732] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 17.

[733] Loc. cit.

[734] Ibídem, p. 18.

[735] ROXIN, Claus/ARTZ, Günther/TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 40.

[736] FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1993, p. 335.

a.1. Teoría objetiva.- Nacida de los aportes de Carmignani y Carrara, la teoría plantea la necesidad de diferenciar entre actos inequívocos de los equívocos. Carrara decía que para estar ante la tentativa, «los actos debían estar unívocamente o necesariamente dirigidos a la consumación del delito»[737].

i. ***Teoría objetiva formal:*** Debe su desarrollo a los aportes de Merkel, von Hippel y von Beling.

Exige esta teoría que para estar al comienzo de un acto ejecutivo, el autor haya cuando menos ejecutado de manera efectiva una parte de la conducta típica prevista en el tipo penal, pues al decir de Merkel «el comienzo de la ejecución es aquella acción humana que va dirigida a dar forma concreta a la acción principal del tipo»[738].

A su turno y a partir de diferenciar lo que son actos esenciales que prevé el tipo de los que no lo son, Beling señala «que los actos de ejecución son aquellos que penetran en el núcleo del tipo expresado en su verbo rector (robar, matar, lesionar, etc.)»[739].

Añadimos nosotros que más preciso sería mencionar que lo que debe penetrarse en la tentativa, conforme a una teoría formal objetiva actualizada, no es el núcleo del tipo, sino su membrana exterior, pues la toma del núcleo nos informa de la consumación antes que de la tentativa.

ii. ***Teoría objetiva material:*** Se trata de un modelo teórico complementario del objetivo formal, y sus más preclaros representantes son: Feuerbach, Mayer, von Liszt, Sauer, Schönke-Schröder, y Albin Eser.

---

[737] CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1971, Nº 358, Vol. 1, p. 247.

[738] MERKEL, Adolf, *Derecho penal. parte general*, La España Moderna, Madrid, 1884, T. I, p. 182.

[739] BELING, Ernst von, *Esquema del Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 101.

El punto clave de este modelo, es el bien jurídico. Habrá comenzado la ejecución del acto delictivo cuando se ha puesto en peligro el bien jurídico. Sauer dice que «los actos de preparación remota y de preparación más próxima, son impunes por cuanto no ponen en peligro el bien jurídico, ni han iniciado el ataque»[740].

Otro criterio manejado en este modelo es el de la fórmula de Frank, de la concepción natural según la cual son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya[741].

a.2. Teoría subjetiva.- Conforme este modelo, el inicio ejecutivo lo da la calidad de la voluntad del autor expresada en la acción que tiende a un delito[742]. Tenemos dos versiones de la teoría subjetiva:

i. ***Teoría subjetiva pura.-*** Destaca en esta teoría el aporte del magistrado alemán Maximilian von Buri, quien dice que, «la esencia de la tentativa es la falta precisamente de algún momento del tipo objetivo del delito consumado. El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa, de modo que en ausencia de todos los criterios objetivos, el punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en el sentido y creencia del agente, es el único compatible con la lógica»[743].

ii. ***Teoría subjetiva limitada.-*** Defendida por Bockelmann[744] y Mezger, plantea que el hecho alcanzará el nivel de tentativa cuando el dolo del delito haya superado la prueba de fuego de la **situación crítica**; lo que obliga a detenerse en averiguar

---

[740] SAUER, Wilhelm, *Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1956, p. 161.

[741] Cfr. FRANK, Reinhard, *StGB*, Nº 43, 11, 2b.

[742] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 207.

[743] VON BURI, Maximilian, *Abhandlungen dem Strafrecht*, pp. 53 y 90, citado por MEZGER, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 209.

[744] BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Múnich, 1975, p. 146.

qué se entiende por situación crítica para lo cual se recurrirá a los criterios aportados por las teorías objetivas[745].

Mezger, aporta lo suyo en el modelo al afirmar que se está ante «una acción punible de tentativa cuando el autor haya hecho todo lo que según su criterio es necesario para la consumación del delito»[746].

a.3. Teoría objetiva individual.- Conjuga esta teoría el plan del autor y la realización del tipo, con lo que nace un criterio mixto: teoría subjetiva-formal objetiva.

Sus exponentes son Hans Welzel, Hans-Heinrich Jescheck, Günter Stratenwerth y Hans Joachim Rudolphi.

Welzel pone énfasis en el plan delictivo del autor al sostener que «la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo»[747].

Agrega Welzel que «siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular. A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica»[748].

Jescheck plantea que «el fundamento penal de la tentativa es la voluntad manifiesta contraria al Derecho»[749]. Jescheck complementa su aporte con la teoría de la impresión, según la cual «hay que tomar en cuenta la impresión que el hecho produce en la comunidad, porque sólo merece ser castigada una manifestación de voluntad que pueda minar la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico»[750].

---

[745] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 207.

[746] MEZGER, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, cit., p. 206.

[747] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 224.

[748] Loc. cit.

[749] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 703.

[750] Loc. cit.

Stratenwerth, resumiendo lo que él considera el desarrollo dogmático al respecto, plantea su posición diciendo que «constituirá tentativa, toda actividad que aparezca –en base al plan concreto del hecho– como componente de la acción ejecutiva típica, de acuerdo con una concepción natural de esta última»[751]. El autor citado nos recuerda el artículo 22º del Código Penal alemán con el que pueden llegar a castigarse actos preparatorios. Tal es el caso de la pimienta, según el cual «habrá tentativa de robo, si el autor espera al cajero en la parada del tranvía, pertrechado de pimienta para cegar a la víctima, teniendo un coche con el motor en marcha, listo para facilitar la fuga»[752].

Bacigalupo[753] y Mir Puig[754] añaden a los criterios expuestos el de la inmediatez temporal del acto ejecutivo, o puesta en peligro inmediato del bien jurídico.

3. Fundamento de la punición de la tentativa

La tentativa se pune según su gravedad, solo cuando se trata de delitos graves (sistema franco-germano), o todo género de delitos sin discriminación, por causa de gravedad de estos (sistema ítalo-hispano).

Hay tres grupos teóricos que fundamentan la punición de la tentativa: teorías objetivas, teorías subjetivas y teorías mixtas.

a. Teoría objetiva

El fundamento del castigo de la tentativa radica para la teoría objetiva en la puesta en peligro de los bienes jurídicos.

Son los teóricos más representativos: Feuerbach, Carrara, Mitermaier, Rossi, von Hippel, Bettiol, Petrocelli, Sauer y Schönke-Schröder.

---

(751) STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 209.

(752) Loc. cit.

(753) BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 170.

(754) MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 339.

Es obvio que con esta teoría resulta muy importante el desvalor del resultado lesionante del bien jurídico lo que otorga garantía al infractor y seguridad jurídica.

Son consecuencias político-criminales del modelo objetivo, las siguientes:

- Los actos preparatorios son impunes.
- La tentativa recibe una pena atenuada.
- La tentativa inidónea resulta impune.

b. Teoría subjetiva

Con sus representantes von Buri, Welzel, Mayer, Baumann y Schmidhäuser, Garofalo, Fioretti, Ferri, Saleilles, la teoría subjetiva atiende principalmente el disvalor de acto, la índole de la intención del agente, su motivación contraria a la norma.

Los italianos desarrollaron esta concepción al entender con Garófalo, que el fundamento de la punición de la tentativa era la peligrosidad social del agente.

Los nazis, de la Kieler Richtung, también privilegiaron la subjetividad al evidenciarse con la tentativa la contrariedad al sentimiento del pueblo alemán y la implicancia traicionera[755].

Las consecuencias político-criminales del modelo subjetivo de la punición serán:

- Se amplían los actos ejecutivos merecedores de pena.
- Se castiga por igual la consumación que la tentativa.
- Se castiga la tentativa inidónea.

c. Teorías mixtas

Los exponentes de esta teoría son: Mezger, Jescheck, von Bar, Maurach-Zipf, Mantovani, Fiore, Eser, Roxin, Vogler, Pagliaro, Con-

---

[755] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 1984, p. 309.

tento, Stratenwerth, Gimbernat, Bustos Ramírez, Bacigalupo, Zaffaroni, Muñoz Conde, entre otros.

Se trata en suma, de la doctrina dominante y moderna. Se plantea dentro de ella una combinación ecléctica de la teoría subjetiva con elementos objetivos: «El fundamento para la sanción de la tentativa, reside en el peligro corrido por un bien jurídico protegido por la ley penal en relación con la voluntad del autor»[756].

A su turno Mantovani nos dice que, «el castigo de la tentativa debe fundarse en la manifestación de la voluntad criminosa y en la puesta en peligro de los intereses tutelados. No se puede prescindir ni de una ni de otra»[757].

Jescheck dice que, «según esta tercera teoría, el fundamento del castigo de la tentativa es ciertamente, la voluntad contraria a la norma de conducta, pero la punibilidad de la exteriorización de la voluntad dirigida al delito solo podrá ser afirmada cuando por su causa pueda resultar minada la confianza de la colectividad en la vigencia del orden jurídico»[758].

Las consecuencias de la teoría mixta que tratamos son:

- Solo se castigan determinados actos preparatorios.
- La tentativa puede castigarse atenuadamente.
- Se pune la tentativa inidónea relativa.
- No se pune la tentativa irreal.

4. Tipos de la tentativa

Ha quedado claro que en la tentativa faltan elementos objetivos y que en cambio en el tipo subjetivo se da plenamente el dolo.

La tentativa pues tiene un tipo objetivo –incompleto– y uno subjetivo.

---

[756] ROXIN, *Teoría del tipo penal*, cit., p. 251.

[757] MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 438.

[758] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 702.

a. Tipo objetivo

El elemento objetivo que existe en la tentativa es el comienzo de la ejecución. Se trata de un proceso trunco del delito, de un tipo incompleto, fracasado, defectuoso decía Jakobs.

El comienzo de la ejecución es lo mínimo que la punibilidad exige. El criterio se origina en el Código francés de 1810, aunque con seguros antecedentes en el Código Revolucionario francés de 1791 y el aporte de los prácticos italianos(759).

b. Tipo subjetivo

Aquí lo determinante es el dolo con el que actúa el agente. No perder de vista que conforme la doctrina dominante no se admite la tentativa en el delito culposo que carece de dolo. De la tentativa culposa dijo Carrara que se trataba de una monstruosidad lógica(760).

Zaffaroni añade que solo se puede intentar alcanzar lo que se quiere alcanzar y no se puede intentar lo que no se quiere(761).

Santiago Mir Puig, sostiene que si bien «no habiendo resolución de consumar no cabe la tentativa por imprudencia relativa al tipo de delito. Subsiste en cambio la posibilidad de tentativa con la suposición imprudente de que concurran los presupuestos de una causa de justificación, o con el desconocimiento imprudente de la prohibición»(762).

Maurach admite imaginariamente como posible la tentativa no punible en el delito imprudente, para el supuesto chofer inepto que, «teniendo conocimiento de su estado de incapacidad, se sienta frente al volante»(763).

---

(759) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. VII, pp. 2132-2133.

(760) CARRARA, *Programa de Derecho criminal. Parte general*, cit., T. I, p. 254.

(761) ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. IV, p. 416.

(762) MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 343. Además MEZGER, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 197.

(763) MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 37.

Jürgen Wolter habla de tentativas imprudentes[764] y lo mismo Jakobs, al tratar el incremento de riesgo como causa de responsabilidad por la conducta no permitida de aumento de riesgo a favor de tentativa acabada[765].

Adherimos esta tesis pues la configuración de la tentativa en el delito culposo se hace visible desde la infracción del deber de cuidado y la puesta en peligro del bien jurídico.

II. MODALIDADES DE REALIZACIÓN IMPERFECTA

Son tres las modalidades de tentativa más recurridas en la doctrina:

1. Tentativa inacabada
2. Tentativa acabada y/o delito frustrado
3. Tentativa inidónea

1. Tentativa inacabada

Estamos en este supuesto cuando conforme su plan de acción, el agente actúa en sentido contrario a la norma sin alcanzar su propósito, por intervención de impedimentos externos accidentales o de terceros o por el desistimiento voluntario.

A la tentativa inacabada –*conatus imperfectus*– se le llama tentativa simple y pura o propiamente tentativa, porque el sujeto activo no llega a realizar todos los actos que hubieren sido necesarios al propósito frustrado, de malograr el bien jurídico. «Restan todavía por cumplirse actos necesarios para que se pueda producir el resultado»[766].

2. Tentativa acabada

Llamada también delito frustrado, tentativa perfecta, agotada o delito fallido, comprende el caso de «quien conforme su plan perso-

---

[764] WOLTER, Jürgen, «Imputación objetiva y personal a título de injusto», en: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *et al.*, *Omisión e imputación objetiva en el Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 133.

[765] JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 103.

nal ha realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito, faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado»[767].

Conviene la doctrina en que el discernimiento entre una situación de tentativa acabada e inacabada es enteramente subjetiva ya que todo dependerá del plan del autor lo mismo que de la representación que se hace de su curso[768].

El Código Penal peruano de 1991, pasa por alto la tesis del delito frustrado, y tanto la tentativa acabada o inacabada la tratan como una sola, mera tentativa[769] lo que creemos adecuado por considerar con Rojas Vargas que la diferenciación carece de sustento epistémico[770], aunque el autor citado abogue por su inclusión normativa. Discrepamos.

De todas formas se ha suprimido el tipo de delito frustrado en el Código alemán, francés, argentino, brasileño, colombiano y español de 1995, actualmente vigentes.

3. Tentativa inidónea

Llamada también delito imposible, se da «cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente tentado»[771].

La inidoneidad alude a la ineficacia o impropiedad del acto tentado, y es inidóneo el objeto si no reúne las condiciones objetivas naturales y jurídicas de vulnerabilidad; es inidóneo el medio, cuando el instrumento del que se vale el agente no reúne los requisitos que

---

[766] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 203.

[767] Ibídem, p. 204.

[768] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 739-740.

[769] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 348.

[770] ROJAS VARGAS, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., p. 317.

[771] JESCHECK, citado por MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 346.

exige la finalidad del propósito delictivo del agente. «No tiene potencialidad causal»[772].

Ejemplo del primer supuesto lo da, el disparar sobre un cadáver creyéndolo sujeto vivo. Aquí hay homicidio imposible pues no cabe admitir que se mata a quien ya estaba muerto cuando recibió el disparo. Otro ejemplo lo da, el hurto de cheque nominativo[773].

Ejemplo del segundo supuesto, el de los medios inidóneos, lo dan los diversos conjuros, actos y prácticas de chamanes, con propósitos homicidas, rezos, terrón de azúcar en vez de arsénico, no son medios idóneos para matar.

La objetividad de los «actos ejecutivos para apreciar la inidoneidad o idoneidad tiene que surgir del criterio del hombre medio situado *ex ante* pues todo depende de la situación real y el conocimiento de la situación»[774]. Una situación *ex post* siempre confirma la inidoneidad de la tentativa. Esta posición es importante pues hay legislaciones y sector doctrinario que se pronuncia por la punición de la tentativa inidónea como los seguidores de la teoría subjetiva que pone énfasis en el disvalor de acción.

Las teorías objetivas desde luego se pronuncian por la impunidad del delito imposible y modernamente se ha dejado de lado la vieja diferenciación entre inidoneidad absoluta (disparar sobre un cadáver) de la relativa (disparar sobre una persona viva pero premunida de un chaleco antibalas), aunque en nuestro código de 1991, sobreviva la tesis.

La doctrina dominante entonces, rechaza las diferenciaciones acotadas y formula en su lugar la teoría de la carencia de tipo[775]

---

[772] FRAGOSO, Heleno Claudio, «Antijuricidad», en: *Revista Brasileira de Criminología e Dereito Penal*, Nº 7, 1964, p. 267.

[773] Cfr. ÁNGELES GONZÁLES, Fernando/FRISANCHO APARICIO, Manuel, *Código Penal comentado, concordado, anotado*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996, p. 161.

[774] CURY URZÚA, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Escuela de Derecho, Valparaíso, 1969, p. 252.

[775] MEZGER, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, cit., p. 254.

(Mangel am tatbestand), pues el objeto y los medios son exigidos por el tipo y tal cosa ocurre, según Jiménez de Asúa, cuando uno se acuesta con su propia mujer, creyéndola ajena[776].

El Código Penal peruano de 1991, en su artículo 17º opta por la impunidad de la tentativa inidónea diciendo:

> «***Artículo 17º***.- *No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto*».

Se trata pues de una cláusula que norma la atipicidad de la tentativa inidónea y «conceptualmente reconoce de modo abierto que el llamado delito imposible no es tentativa»[777].

Añadir, citando a Mir, que «cuando la inidoneidad de la tentativa alcanza un grado tal que para cualquier espectador objetivo, colocado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance la consumación, se habla de tentativa irreal»[778] y la doctrina obviamente rechaza punir la tentativa irreal, que es nada.

Del delito putativo o aparente, la tentativa inidónea se distingue, pues es putativa «la realización de un hecho no penado por ley creyendo su autor que sí lo está (error de prohibición al revés)»[779]. El delito putativo es impune y el caso es el del marido que cree que su adulterio está penado por ley.

III. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

Estamos en esta situación, cuando la falta de consumación del delito resulta de los actos que con posterioridad a la iniciación ejecutiva, el agente realiza voluntariamente para impedir el resultado.

---

[776] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. VII, cit., p. 779.

[777] ÁNGELES GONZÁLES/FRISANCHO APARICIO, *Código Penal comentado, concordado, anotado*, cit., p. 166.

[778] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 347.

El autor se desiste voluntariamente de proseguir o impide voluntariamente que se produzca el resultado previsible.

El artículo 18º del Código Penal dice: «Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos».

Acude en esta oportunidad un viejo derecho premial germano según el cual «el desistimiento voluntario se presenta como un mérito que pesa tanto como la tentativa subsistente y debe premiarse con el perdón o el levantamiento del castigo que de suyo reclamaría la tentativa no desaparecida»[780]. La tesis germana del puente de plata al enemigo que huye a que hacen referencia Feuerbach y von Liszt, para fundamentar con criterio político-criminal la impunidad del desistimiento voluntario es seguido en España[781].

Jakobs en su *Kriminalisierung*[782] adopta una posición objetivista en el sentido de pronunciarse por la no punición de los actos tentados que no lesionan el bien jurídico, como la tentativa inidónea. Afirma Jakobs, al respecto, que: «Una conducta que recién se percibe cuando uno conoce lo interno del autor nunca puede ser tratada como delito, pues el fundamento penal sería, lo interno»[783]. Jakobs pone el ejemplo de quien al servir una comida en la creencia de que puso en ella suficiente veneno mortal, cuando solo echó sal en abundancia, para decir de él que no constituye delito pues la conducta del agente no extralimitó su ámbito privado, y añade que «en la tentativa no todo es reemplazable subjetivamente»[784].

---

[779] Loc. cit.

[780] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 735.

[781] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 350.

[782] JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», traducción de Peñaranda Ramos, en: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 318 y ss.

[783] Ibídem, p. 322.

[784] Loc. cit.

La posición de Jakobs es objetada por Sancinetti, para quien resulta incongruente que siendo idéntica desde el punto de vista de la contradicción a la norma, el delito consumado que el tentado, se opongan consecuencias jurídicas distintas en una y otra. Recuerda Sancinetti el dicho de Jakobs: «Pero así como el delito no es primariamente la producción de lesiones a bienes, sino la lesión a la vigencia de la norma, así tampoco se debe concebir primariamente, la tentativa de un delito, como una puesta en peligro de bienes, sino como lesión a la vigencia de la norma»(785).

Preocupa a Sancinetti «la inconsecuencia, en Jakobs, de repudiar la teoría de la lesión del bien jurídico como fundamento del ilícito, reemplazándola por la desautorización de la norma, y al mismo tiempo requerir una lesión efectiva de un objeto de bien jurídico»(786).

Creemos sin embargo, que precisamente este tipo de normas premiales, de cara a los fines del Derecho penal, convierten la incongruencia que advierte Sancinetti, en una aparente, pues con ella se estabiliza el Derecho como instrumento de control social.

La voluntariedad del desistimiento implica libertad no compatible con causas externas o internas que la constriñan, y los motivos de su manifestación pueden ser psicológicos, morales, crematísticos o de cualquier otra índole pues no cabe indagar por la intención(787) aunque otros autores propugnen por una valoración positiva y hasta ética del móvil, debemos quedarnos con la valoración jurídica(788).

El desistimiento además debe ser eficaz, pues de ser irrelevante, inconducente o no productivo, carecería de entidad. Si no obstante el esfuerzo del autor se produce el desenlace que se quería evitar con el desistimiento no se le ampara con la impunidad, siempre que no

(785) SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá, 1995, p. 21; este autor cita a Jakobs.

(786) Ibídem, p. 20.

(787) PESSINA, Enrico, *Elementos de Derecho penal*, Reus, Madrid, 1919, p. 511.

(788) ROXIN, citado por MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 352.

concurran otras causas en la producción de resultado, esto es que el resultado sea la realización del incremento del riesgo imputable a la tentativa[789]. Además, el desistimiento debe ser definitivo por lo menos en lo que atañe al acto concreto que lo convoca.

Sancinetti a su turno y privilegiando el subjetivismo como fundamento de la punición de la tentativa, plantea que «el desistimiento para que tenga pleno efecto excusante, tiene que darse solo si el autor un omitente no ha asumido la posibilidad de perder el control absoluto de impedir la consumación, y el riesgo gobernado por él no haya decrecido»[790]. Solo puede darse el desistimiento entonces en la tentativa inacabada.

Propone igualmente, el autor citado que «la tentativa representa un quebrantamiento perfecto de la norma y como tal constituye también el prototipo del hecho punible»[791], castigable.

Sancinetti igualmente privilegia el disvalor de acción, en contra del disvalor del resultado (mito del resultado) ajena al principio de culpabilidad[792].

IV. CASO DE LA INTERVENCIÓN DE PLURALIDAD DE AGENTES

El Código Penal en su artículo 19º señala que «si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquel que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación».

---

[789] Al respecto Berdugo afirma: «Resulta sorprendente, no obstante, que cuando alguien comparte la ejecución del hecho con otros pueda beneficiarse de la impunidad incluso sin evitar el resultado y que cuando actúa solo, por el contrario, no baste con un intento serio, firme y decidido de impedir la consumación; una valoración tan desigual de sendos «arrepentimientos» igualmente loables e ineficaces carece de sentido» (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 243).

[790] SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, cit., p. 255.

[791] Loc. cit.

[792] Loc. cit.

Aquí de lo que se trata es que el desistimiento es causa personal de impunidad.

V. LA CONSUMACIÓN

El último momento del *iter criminis* es el de la consumación del tipo siendo «el cierre del ciclo del delito»[793].

Welzel dice que «el delito está consumado con el cumplimiento completo del tipo»[794].

Fiandaca y Musco nos dicen que «el concepto de consumación expresa técnicamente la completa realización de todos los elementos constitutivos de una variedad delictiva, esto es, cuando el hecho completo corresponde enteramente al modelo legal delineado en la norma penal en cuestión»[795].

Para Antonio Pagliaro, «la consumación indica el momento en el cual la realización misma alcanza la máxima gravedad»[796].

El momento de la consumación resulta importante para la determinación de la ley penal a aplicar, para lo concerniente a la prescripción y competencia territorial[797] y este momento lo señala el núcleo del tipo penal específico.

En los delitos de resultado el momento consumativo coincide con el de la producción del resultado lesivo. En los delitos de peligro se adelanta el momento de la consumación (consumación anticipada). Por ejemplo: el delito contra el honor.

Se habla de una consumación material cuando realizados todos los elementos del tipo, el autor logra satisfacer el fin que lo impulsó. Así en el tipo de lucro, disponer como propio del bien hurtado.

---

[793] ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1988, p. 336.

[794] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 225.

[795] FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 332.

[796] PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto penale*, Giuffré, Milano, 1993, p. 448.

[797] FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 330.

En el delito continuado se entiende la consumación cuando ya se realizaron todos los elementos del tipo. Igual ocurre con el delito permanente (v. gr. secuestro).

Capítulo XVII
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

SUMARIO: I. Autoría. 1. Concepto de autor. 2. Autor y partícipe. a. Sistema unitario. b. Sistema diferenciador. 3. Formas de autoría. a. Autoría inmediata o directa. b. Autoría mediata. c. La coautoría. II. Participación. 1. Fundamento del castigo a la participación. 2. La accesoriedad de la participación. a. Grado de realización en la accesoriedad. b. Elementos del hecho punible en la accesoriedad. 3. Formas de participación. a. La instigación. b. Complicidad. 4. La participación del extraneus en delitos especiales. III. Actuar en lugar de otro.

I. AUTORÍA

1. Concepto de autor

El autor de un delito es aquel a quien un tipo penal del catálogo señala como su realizador. Se trata de alguien a quien el tipo penal designa con la fórmula simple «el que...». Significa lo que venimos de decir que todo tipo penal de la parte especial[798] es un tipo de autoría dado que «el injusto es un injusto personal»[799].

---

[798] Para diferenciarlo del «tipo de participación» definido en la parte general (nota del autor).

[799] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 118.

Mir Puig define al autor, desde un punto de vista ontológico y 'verdadero' como «aquel que realiza un hecho y del que se puede afirmar que es suyo»[800].

Welzel aporta un concepto final de autor diciendo que lo «es aquel que realiza el hecho en forma final, en razón de su decisión volitiva»[801].

El Código Penal peruano en su artículo 23º describe la autoría directa, la autoría mediata o indirecta y la coautoría. Dice el artículo 23º:

> «***Artículo 23º***.- *El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción*».

La primera proposición –el que realiza por sí– alude a la autoría directa. Aquí el autor domina el hecho.

La segunda proposición –o por medio de otro– alude a la autoría mediata.

La última proposición –y los que lo cometan conjuntamente– alude a la coautoría, por existir un dominio funcional del hecho.

2. Autor y partícipe

Los delitos no siempre los perpetra una sola persona, puede haber una pluralidad de agentes, de donde surge la necesidad de determinar los grados de responsabilidad de cada uno de ellos a partir de la naturaleza de su aporte. Unos son autores o coautores, otros partícipes y los criterios para decidir en cada caso qué calidad tienen los intervinientes han surgido de diversos sistemas:

a. Sistema unitario

Se trata de un primer sistema causalista que no diferencia entre autor y partícipe. Siguiendo la lógica de la teoría de la equivalencia

---

[800] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 357.

[801] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 120.

de condiciones se construye un concepto unitario de autor por el que todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores, apareciendo el delito como realización de todos ellos, igualándose la importancia de cada aporte, y castigándose por igual a cada uno. Todos son responsables, tanto los *extraneus* como los *intraneus* responden en los delitos especiales.

La tesis fue adoptada por las corrientes de la «peligrosidad del delincuente» (Código Rocco, artículo 116º) y por la escuela nazi de Kiel que partía de un «Derecho penal de la voluntad»[802].

b. Sistema diferenciador

Propugna esta corriente jurídico-teleológica la diferenciación entre los autores y los partícipes de un hecho punible, lo que implica estimar distintas consecuencias jurídicas para cada intervención. Destaca en la tesis el profesor Eberhard Schmidt, para quien «cualquiera que lleva a cabo antijurídica y culpablemente una realización del tipo y con ello una lesión al bien jurídico debería ser declarado autor»[803].

Conforme este sistema son dos los conceptos de autor diferenciados: el extensivo y el restrictivo.

b.1. Concepto extensivo de autor.- Conforme a la teoría de la equivalencia de condiciones, el concepto extensivo de autor (formulado por Mezger) parte de la idea que todo tributario del delito es autor, incluyendo inductores y cómplices, aunque según el grado de participación reconoce que la ley deberá graduar las responsabilidades.

El instrumento teórico para diferenciar entre autores y partícipes es de índole subjetivo pues «será autor quien obre con ánimo de autor (*animus autoris*) y será partícipe quien actúe con ánimo de par-

---

[802] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 889; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 360.

[803] SCHMIDT, citado por ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 3.

tícipe (*animus socci*)»[804]. A este instrumento teórico se lo conoce como «teoría subjetiva de participación»[805].

Esta teoría subjetiva de la participación ha sido seriamente criticada por el desafortunado resultado jurisprudencial que ha tenido en Alemania, en donde se ha llegado a castigar como autor a los partícipes y como partícipes a quien ofició de autor. El caso más notable es «el de la bañera» a que alude la sentencia del *Reichsgericht* 74, 84 (85) (Tribunal Imperial) que condenó como cómplice a la autora de la muerte por inmersión de su sobrino (en la bañera), en interés de su hermana, la madre, que estaba siendo amenazada por el padre de ambas hermanas, abuelo de la víctima[806].

Otro caso es el del espía de la KGB soviética, Staschinsky, que recibe la orden de Alemania del Este de matar en Múnich, a dos fugitivos alemanes guías de inmigrantes (muro de Berlín), y que por hacerlo es sentenciado como cómplice y no como autor. El criterio era el del interés, y el espía del caso no quería el hecho como propio, pues cumplía órdenes del sistema –teoría del interés–[807].

b.2. Concepto restrictivo de autor.- Llamado también «teoría subjetiva restrictiva», propugna que «no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo»[808].

El punto en que se separa el autor y el partícipe, conforme a esta concepción, es de carácter objetivo, pues dependerá de la naturaleza de la contribución al hecho que hace cada quien.

Es elocuente al respecto la sentencia del *Reichsgericht* 74, 85[809], que condena como autor, a quien en efecto lo fue, por matar al marido de la

---

[804] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 298.

[805] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 360. MAURACH la llama teoría subjetiva extrema (MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 302).

[806] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 305.

[807] Loc. cit.

[808] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 362.

[809] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 308.

mujer cuyo matrimonio era inestable, por ayudarla a ella. El crimen planeado entre ambos se produce con ocasión de una caminata al pueblo vecino que realizan los tres (víctima, esposa y el autor). El condenado golpea a la víctima con un hacha, hasta causarle la muerte. Todo sucede a instancias de la mujer. El Tribunal Imperial lo condena como autor, distanciándose de las sentencias del «caso de la bañera», y del «caso Staschinsky».

El criterio para la determinación de las contribuciones del autor y los partícipes, ha dado lugar a tres subteorías, o teorías derivadas de la restrictiva de autor:

i. ***Teoría objetivo-formal.***- Con orígenes en el planteamiento causalista de Feuerbach, fue formulado por Beling[810] y para discernir entre autor y partícipe en el campo de la causación, se recurre al terreno de la tipicidad, de modo que será autor «quien ejercita personalmente la acción típica y, en los delitos pluriactivos, todo aquel que realice aunque sea solo uno de los elementos típicos, siendo la disposición interna del autor o su interés irrelevante»[811]. «Estamos ante la complicidad cuando el colaborador, sin ejercitar personalmente la acción típica, la apoya»[812]. Vemos pues como punto favorable de modelo, un respeto del principio de legalidad.

   Esta teoría no resuelve el caso del agente que se vale de un inocente, instrumentalizado, para cometer el delito[813], ni se resuelve el caso del coautor, o el del jefe de un grupo delictivo que no realiza el tipo personalmente.

   Como dice Mir Puig, la teoría objetivo-formal resulta ilimitada en los delitos de resultado y excesivamente limitada en los delitos de medios determinados[814].

   Esta teoría se abandona en 1930.

---

[810] En su obra *Die Lehre vom Verbrechen*, de 1906, según CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general. Lecciones*, cit., p. 184. Aunque el nombre se le debe a Birkmeyer (nota del autor).

[811] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 311.

[812] Loc. cit.

[813] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 229.

[814] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 363.

ii. ***Teoría objetivo-material.***- Para este modelo, lo determinante será la importancia objetiva del aporte. «Será autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante»[815].

El aporte del autor es de naturaleza causal respecto del resultado. El cómplice solo da la ocasión de que se pueda producir este resultado.

Se le objeta a esta teoría que deja de lado lo subjetivo del interviniente, con lo que se hace difícil valuar la importancia del aporte. Se objeta además que la fórmula «contribución importante» es vaga e imprecisa.

Finalmente, se le acusa a la teoría no resolver el tema del autor mediato y del coautor que objetivamente no intervienen directamente.

iii. ***Teoría del dominio del hecho.***- La expresión «dominio del hecho» se la debemos a Hegler, quien en 1915, en su monografía sobre los elementos del delito, trata el asunto[816].

La formulación acabada la da Löbe en 1933, cuando menciona la importancia del *animus domini* comentando una jurisprudencia del Tribunal alemán[817].

El divulgador más importante del concepto fue Hans Welzel, para quien el «autor de los delitos dolosos es quien domina finalmente la realización del hecho»[818]. La teoría del dominio del hecho es hoy doctrina dominante[819].

La teoría del dominio del hecho es objetivo-subjetiva, pues contiene la exigencia subjetiva del control final psicológico del hecho, lo mismo que el manejo objetivo del mismo, «por estar en manos del autor el curso del acontecimiento típico»[820].

---

[815] Loc. cit. Cfr. también JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 893.

[816] Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 81.

[817] Ibídem, pp. 84-86.

[818] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 145; ÍDEM, *ZStW* 58 (1939), p. 491.

[819] Ya a finales del s. XIX, Hegler habla del dominio del hecho, en: *ZStW* 36 (1915), pp. 184.

Además de Welzel, adhieren a la teoría de dominio del hecho, autores alemanes como Maurach, Gallas, Lange, Niese, Sax, Jescheck, entre otros.

Para Maurach, la teoría de dominio del hecho tiene sentido solo en el ámbito de los delitos dolosos porque implica «mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico»[821].

Gallas propone un criterio normativo y original del dominio del hecho a partir de un concepto restrictivo de autor, obteniéndolo quien realiza el tipo[822], desde el sentido jurídico del mismo más que desde el sentido fáctico natural.

Así, el *extraneus*, v. gr., no puede tener dominio del hecho en tipos especiales.

Richard Lange, coincidiendo con Gallas, aunque desde una perspectiva subjetivista, y fiel a su planteamiento original, concibe un dominio del hecho desde la «aportación querida» al hecho, jugando papel importante la voluntariedad en el aporte.

Niese, más fáctico y natural, asume un criterio de dominio del hecho desde un «criterio objetivo» que enlaza el dominio del resultado con el de los medios[823].

Para Sax, lo fundamental será el pragmático aporte de quien «realiza el tipo directa y característicamente»[824], no importando la voluntad del autor.

Jescheck, con voluntad de síntesis, buscando recuperar los aportes de la teoría objetiva formal y objetiva material y las

---

[820] Cfr. MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, T. II, pp. 315 y 317.

[821] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 90; MAURACH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 318.

[822] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 93.

[823] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 99.

[824] Ibídem, p. 100.

teorías subjetivas, concluye que habrá dominio del hecho en la materialización del tipo, pero con conciencia de ser «sujeto del delito»[825].

El más importante e influyente sistematizador contemporáneo de la teoría del dominio del hecho es Claus Roxin, quien en su obra *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, en siete ediciones, traducidas ya por el profesor de Extremadura, Joaquín Cuello Contreras, e iniciada en 1960, con ocasión de su habilitación en la cátedra de la Universidad de Gotinga, plantea a cabalidad el devenir y el estado de la cuestión en esta materia.

Para el profesor Roxin, el dominio del hecho en la temática de la autoría y participación, comprende tres supuestos que importan también tres soluciones teóricas a su turno: 1) dominio de la acción, para la autoría directa o de mano propia; 2) dominio de la voluntad y del conocimiento, para el supuesto de la autoría remota o mediata, que incluye la perpetrada con maquinaria de poder organizada; y, 3) dominio funcional, para explicar la coautoría.

Günther Jakobs, en un reciente trabajo crítico que se titula *El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*[826], señala que la teoría de dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría, pues, la atribución normativa es de superior jerarquía[827]; la codelincuencia es un asunto de reparto de trabajo, que vincula en vez de aislar en la obra común; la teoría del dominio del hecho fundamenta el *quantum* de la intervención antes que el tipo de autoría[828]; que la autoría mediata no es otra cosa que una autoría direc-

---

[825] Ibídem, p. 104.

[826] JAKOBS, Günther, «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en: *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 165 y ss.

[827] JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», cit., p. 167.

[828] Ibídem, p. 179.

ta disfrazada[829]; en consecuencia, de cara al tipo, el jefe de una banda es coautor y no autor mediato[830].

Las consecuencias de la teoría del dominio del hecho son las siguientes, según Jescheck[831]:

- Siempre es autor quien ejecuta por mano propia todos los elementos del tipo (dominio de la acción Roxin).
- También lo es quien instrumentaliza a otro (dominio de la voluntad consciente).
- También los es el coautor que realiza una parte necesaria del plan global (dominio funcional del hecho).

A diferencia de la autoría, la participación se caracteriza por no existir en el colaborador dominio del hecho, pues es el sujeto activo «quien tiene el poder de interrumpir la realización del tipo»[832].

La doctrina moderna, sin embargo, ha comprendido que «la interrupción de la realización del tipo puede estar en manos del cómplice, lo mismo que del inductor y hasta de un tercero»[833].

Cabe añadir que Roxin no define lo que es «dominio del hecho», pues lo considera un concepto abierto por lo que sigue una ruta casuística.

Mir Puig objeta a la teoría del dominio del hecho el «estar anclad[a] en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido, fundamentalmente social-normativo, de la imputación que caracteriza a la calificación del autor»[834] y agrega

---

[829] Ibídem, p. 184.

[830] Ibídem, p. 189.

[831] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 898.

[832] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 363.

[833] ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1975, p. 311.

[834] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 366.

que «solo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida, del delito»[835].

En definitiva, debemos aceptar que «domina el hecho quien realice por sí solo la lesión contraria a la norma descrita en el tipo[836] y la domine por instrumentalización de tercero, o la redomine, y es de aceptar igualmente la posibilidad real de atribuir el dominio del hecho a diversas personas respecto de una misma lesión de un bien jurídico»[837].

Cuando Roxin[838] habla de dominio funcional del hecho o codominio, pone como requisitos el plan previo, la decisión funcional del trabajo y el aporte conjunto en la fase ejecutiva.

Jakobs más bien entiende, como hemos anticipado, que el dominio del hecho fundamenta el *quantum* de la intervención antes que la forma de autoría[839].

3. Formas de autoría

La autoría se manifiesta de distintas formas, siendo así que tenemos:

a. Autoría inmediata o directa

Aquí se tiene por autor, conforme al artículo 23º del Código Penal, «a quien realiza por sí el hecho punible» y en ese sentido, es quien lleva a efecto todos los elementos del tipo penal.

Como ha sido dicho, con el auxilio de la teoría del dominio del hecho, será autor aquel que tiene el dominio final del hecho o como dice Mir Puig –ya citado–, el autor será el que causa el hecho imputable y puede atribuírsele.

---

[835] Loc. cit.

[836] MAURACH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 319.

[837] Loc. cit.

[838] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 127 y ss., 275.

[839] JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», cit., p. 189.

Para Roxin, lo será «quien no coaccionado, y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho»[840], por lo que denomina *dominio de la acción* a la primera y más larvada forma de autoría.

A partir de este aserto, Roxin rechaza la sentencia recaída en el caso Staschinsky, que lo condenó como cómplice y no como autor, habida cuenta la perpetración de propia mano[841].

Jakobs dice que, «autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente, y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones del autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito»[842].

El caso de la autoría en los delitos especiales, es decir, el que se refiere a un grupo limitado de autores –los *intranei*–, como puede serlo los funcionarios, militares, etc., con componente de jerarquía y deber, es decir que trata de aquellos delitos que limitan el número de autores exigiendo calidades o características especiales en los tipos correspondientes[843]. En estos delitos, «autor principal sólo podrá serlo el sujeto que pertenezca al círculo definido por el tipo penal y que, además, posea el dominio de la acción»[844].

b. *Autoría mediata*

La comisión por medio del otro. Coinciden los autores en conceptuar como autor mediato a todo aquel que realiza el hecho utilizando como instrumento a otro. O como dice Maurach, «quien para la ejecución de un hecho punible que se pueda cometer con dolo, se sirva de otro ser humano como instrumento»[845].

---

[840] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 151.

[841] Ibídem, p. 152.

[842] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 744.

[843] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 248.

[844] Loc. cit.

[845] MAURACH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 329.

Roxin afirma que la autoría mediata «está basada en una razón objetiva independiente de todas las construcciones, es decir, que no constituye un mero supuesto organizante de inducción, sino que falta precisamente la acción ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho que solo puede basarse en el poder de la facultad rectora»[846].

Es importante la observación de Jakobs en el sentido que «no se trata de la utilización de otros como objetos inertes (*A* empuja violenta y sorpresivamente a *B* sobre la luna de un escaparate, que queda destruida, supuesto de comisión de uno mismo), sino del empleo de acciones de otras personas»[847].

Lo determinante de la autoría mediata es el dominio superior de la decisión[848].

La autoría del hecho se basa en el dominio de la voluntad[849] y en tal sentido el rol principal lo juega el hombre de atrás y no el ejecutor. Ello puede suceder, según Mir Puig[850], por dos razones: sea porque el ejecutor material actúa sin conocimiento o sin libertad; o porque la actuación del realizador material no puede realizar el tipo. Tal es el caso en que tratándose de un delito especial de peculado, v. gr., solo pueda cometerlo el funcionario público y no el instrumento, por carecer de la calidad que exige el tipo.

Un límite que plantea la teoría del dominio del hecho para la autoría mediata es que esta no se da si el ejecutor material obra con plena responsabilidad.

Al respecto, Jakobs dice que «la autoría mediata no es pues posible en la actuación plenamente delictiva (dolosa y culpable) del ejecutor»[851]. Berdugo Gómez de la Torre, rector magnífico de

---

[846] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 166.

[847] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 763.

[848] Loc. cit.

[849] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 248.

[850] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 372.

[851] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 763.

Salamanca, dice lo propio al afirmar que «no existe autoría mediata cuando el instrumento obra libremente y conociendo la situación»[852], convirtiéndose el hombre de atrás en un simple inductor[853] ya que «el aspecto central de la autoría mediata radica en la degradación de un ser humano a la categoría de un medio material no libre para la obtención de fines delictivos»[854].

Otro límite en la teoría mediata lo dan los delitos especiales en los que quien no reúna las calidades que exige el tipo, no puede ser autor mediato[855]. En cambio, sí se da cuando el autor mediato cualificado instrumentaliza otro que no lo es.

Tampoco cabe la autoría mediata en los delitos de «mano propia». Tal es el caso de la violación sexual del artículo 170º del Código Penal, que tiene que ser personalísimo. En el caso de la celestina hamburguesa, quien propicia que un marinero acceda carnalmente a su propia hermana, la cual él desconoce como tal, ella no domina el hecho»[856].

Tampoco cabe la autoría mediata en los delitos culposos pues la teoría del dominio del hecho presupone dolo[857].

b.1. Casos de autoría mediata.- Como quiera que lo distintivo de la autoría mediata es la instrumentalización con dominio del hecho que una persona hace de otra, el instrumento tiene que actuar en cierto estado psicológico y jurídico, configurándose a partir de ello la modalidad correspondiente de autoría mediata, en la que el ejecutor instrumentalizado no domina el hecho. Los casos son:

i. ***El instrumento obra sin culpabilidad.***- En este supuesto el ejecutor material es inimputable y es utilizado porque lo es, tal

---

[852] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 248.

[853] Loc. cit.

[854] MAURACH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 332.

[855] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 379.

[856] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 217.

[857] Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 150.

es el caso de un menor o un psicótico, o el caso por el que se coloca a una persona normal en estado de inimputabilidad, para instrumentalizarlo, como cuando se le da alcohol al ejecutor para utilizarlo.

Ejemplo es el de la madre que adhiere al cuerpo de su hijo menor de edad, paquetes de droga para pasar los controles policiales sin despertar sospechas. Otro supuesto es el del error de prohibición con que actúa el ejecutor y del que se aprovecha el «hombre de atrás». Es el caso de un extranjero que por no conocer los usos y las normas, se le hace creer que el acto que ha de realizar es lícito.

Otro supuesto que puede darse es el del miedo insuperable del ejecutor.

Roxin discierne, a propósito de la inimputabilidad del ejecutor en la autoría médiata, entre el que obra sin comprender del que obra sin voluntad.

Sobre el primer supuesto tiene dominio del hecho el que puede entrever[858].

Si el defecto es de orden volitivo en el ejecutor inimputable, pues comprendiendo su obra no es capaz de conducirse con arreglo a esta comprensión, «ha sido dominado, en la formación de la voluntad por el sujeto de detrás»[859] y carecerá de libertad conativa.

ii. ***El instrumento obra sin dolo.***- Aquí de lo que se trata es de un obrar ejecutivo bajo error de tipo en el que se encuentra el instrumento.

Por ejemplo, un hombre de atrás le hace creer al instrumento que lo que lleva es una caja de libros, cuando en verdad se trata de drogas.

La enfermera inyecta al paciente una droga nociva y mortal que discretamente preparó el «hombre de atrás». El hom-

[858] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 261.

[859] Ibídem, p. 262.

bre de atrás tiene dominio del hecho cuando conoce la inobservancia del debido cuidado en que incurre el ejecutor que recibe de aquel un arma larga cargada, haciéndole creer que no lo está, y con ella da muerte a un tercero a quien el autor mediato quiso eliminar[860].

Roxin dice que «todo aquel que ante un sujeto actuante sin dolo, a sabiendas de la situación, aporta concientemente una condición del resultado, es titular del dominio de la voluntad y, por tanto, autor mediato»[861].

iii. ***El instrumento obra sin antijuridicidad.***- Este es el caso por el cual el ejecutor material del hecho actúa sin antijuridicidad por existir causa de justificación para sí. El instrumento está actuando justificadamente. Es el caso del juez que a instancia de una denuncia falsa abre instrucción al inocente y ordena su detención. El juez actúa conforme a derecho por desconocer el carácter malévolo de la denuncia, que sí conoce el autor mediato que domina el hecho, quien debe ser el que responda, pues el punto no admite dominio compartido[862].

iv. ***El instrumento obra coaccionado.***- No es pacífico el afronte de la autoría mediata cuando el instrumento obra coaccionado, pues esta no es incompatible con el dolo[863]. Se dice que la admisión de la autoría mediata dependerá de la intensidad del efecto de la coacción.

Roxin lo explica a su modo, diciendo que «el que coacciona domina directamente solo al coaccionado. Solo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho»[864], llamándola 'autoría doble'[865].

---

[860] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 923.

[861] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 1.

[862] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 286.

[863] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 222.

[864] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 167.

[865] Loc. cit.

Añade, sin embargo, Roxin que es menester que en el coaccionado recaiga una exoneración de la responsabilidad del orden jurídico, por su actuación, merced a la situación creada por el hombre de atrás[866].

v. ***El instrumento obra sin la calificación que exige el tipo y sin el elemento subjetivo de la autoría***.- La doctrina dominante conviene, que no hay autoría mediata en los delitos especiales si el hombre de atrás es *extraneus* pues solo puede ser autor mediato en un delito especial quien porta las cualidades que exige el tipo, el *intraneus*.

En cambio sí es posible la autoría mediata si el hombre de atrás es *intraneus* y utiliza a un *extraneus*, salvo se trate de delitos de mano propia.

El caso del empleo de un no calificado (*extraneus*) por un autor mediato calificado (*intraneus*), es el del funcionario que, valiéndose de un no funcionario, perpetra un delito especial propio en el ámbito de su competencia.

El problema se suscita cuando el instrumento, siendo un actor doloso y libre, domina el hecho, sin embargo, no será posible considerarlo autor por ser *extraneus*. El tema pues es polémico y las fórmulas de solución variadas.

Welzel propone como solución la fórmula del «dominio social del hecho» o «dominio final del hecho» con lo que por excepción hay dominio no de la voluntad, pero sí de la situación[867].

Jescheck propone la fórmula «del dominio normativo y jurídico del hecho»[868], con lo que se deja de lado el criterio del dominio de la voluntad.

Roxin, a su turno, desarrolla el criterio de la «infracción del deber»[869] a partir de la construcción del tipo consistente

---

[866] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 193.

[867] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 125.

[868] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 544.

[869] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 254.

precisamente en esa infracción, por lo que solo el *intraneus* responde y así realiza el tipo todo aquel que lesiona su deber sin que sea imprescindible el dominio del hecho.

vi. ***El instrumento obra dentro de un aparato organizado de poder gubernamental o no gubernamental.-*** Como quiera que un ejecutor consciente y responsable es incompatible con la autoría mediata, se dan supuestos en que no queda resuelta la autoría del «jefe» de una banda terrorista, como cuando el ejecutor de una voladura de edificio, con el empleo de coche-bomba, ha actuado con pleno domino del hecho. Para el caso del ejecutor de un servicio secreto ocurre otro tanto.

Roxin[870] y Stratenwerth[871] consideran que puede darse autoría mediata en los supuestos en que el ejecutor pertenece a una organización de poder, pues los cuadros superiores del «aparato de poder» están en condiciones de sustituir, por fungible, al ejecutor material.

Dice Roxin que «el fundamento no estriba en la forma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino solo en el mecanismo de funcionamiento del aparato, pues es así que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de judíos o la dirección de un servicio secreto encargado de perpetrar atentados políticos domina la realización del resultado de manera distinta a un inductor común [...] una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso de Gobierno en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a desafectos»[872].

En este caso no ofrece ninguna dificultad el considerar autor inmediato al ejecutor. Jescheck es del parecer que el punto debe ser tratado como coautoría.

---

[870] Ibídem, p. 341.

[871] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., Núm. 790.

[872] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 272.

El concepto de autoría mediata tuvo una amplia acogida en la jurisprudencia nacional, particularmente la categoría de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, tal como lo demuestran los fallos que a continuación se citan:

– Autoría medita por dominio de la organización: *«Resulta necesario puntualizar que la estructura que se conforma responde a los designios del hombre de atrás, quien aprovecha el funcionamiento de la organización en la cual actúa el ejecutor o autor inmediato, por ello es que no siempre se conocen el ejecutor y el autor mediato»* (Ejecutoria superior del 15 de diciembre de 2003, Exp. Nº 08-01-Lima)[873].

«En el caso materia de este pronunciamiento, la autoría mediata por dominio de organización que se imputa a Guzmán Reinoso y sus coprocesados parte por determinar si el denominado Partido Comunista del Perú conocido como 'Sendero Luminoso' se configuró como un verdadero aparato organizado de poder donde la cúpula dirigencial pueda responder a título de autor mediato en tanto sus militantes de base o cuadros intermedios fueron los ejecutores materiales o autores inmediatos de los delitos que se les atribuye. La respuesta es afirmativa, el PCP-SL, se construyó a escala nacional, con células, comités zonales, subzonales, regionales y en el vértice el Comité Central con Guzmán Reynoso a la cabeza, llegando a contar con treinta y tres mil 'combatientes' según versión de la propia organización [...]. De las tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional, en el presente caso la imputación penal aplicable es por dominio de la voluntad en la modalidad que se conoce como dominio por organización, pues, se ha establecido que los acusados han actuado dentro de una organización con nítida primacía de relaciones verticales, con subordinación de los ejecutores directos propias de la autoría medita y no de relaciones horizontales propias de la coautoría. Según la

[873] BARANDIARÁN DEMPWOLF, Roberto/ NOLASCO VALENZUELA, José Antonio, *Jurisprudencia penal generada en el subsistema anticorrupción. Corrupción gubernamental*, Palestra, Lima, 2006, T. I, p. 213.

doctrina dominante, tres son los requisitos para que se configure el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquerizada rígida, b) fungibilidad de los autores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos» (Ejecutoria suprema del 14 de diciembre de 2007, R.N. Nº 5385-2006-Lima [Caso Abimael Guzmán]).

c. *La coautoría*

Estamos en la coautoría como dominio del hecho funcional (Roxin) cuando un delito es realizado conjuntamente por dos o más personas de mutuo acuerdo compartiendo entre todos ellos el dominio del hecho.

El delito entonces, se comete «entre todos», repartiéndose los intervinientes entre sí, las tareas que impone el tipo de autor, pero con conciencia colectiva del plan global unitario concertado.

Roxin precisa que «lo peculiar de la coautoría estaba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás [...] el dominio completo reside en manos de varios, de manera que estos solo pueden actuar conjuntamente[874].

Para Roxin, la idea fundamental de la coautoría radica en que «siempre se la conciba como dominio del hecho conjunto [...] que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su posición de hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros»[875].

Mir Puig señala como coautores «no solo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes

[874] Ibídem, p. 307.

[875] Ibídem, p. 309.

aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva»[876].

Sigue Mir Puig, la teoría objetivo-formal con la variante de la tesis de la esencialidad del aporte. Otro sector de la doctrina, principalmente alemana, parte de la teoría del dominio del hecho.

En un asalto a un banco, los que ingresan se reparten tareas (de dirección, desconexión de alarma, amenaza con armas y toma de dinero), son coautores.

Los elementos de la coautoría son:

c.1. Ejecución conjunta del hecho.- Supone como lo exige el artículo 23º del Código Penal –«los que tomaran parte en la ejecución»– que los intervinientes realizan de consuno el tipo, repartiéndose las tareas que prevé el plan global unitario.

c.2. Codominio del hecho.- Supone la coautoría, que cada interviniente hace un aporte esencial que revela su codominio del hecho –dominio funcional del hecho, dirá Roxin[877]– pues cada actor controlando su aporte esencial (fáctico) domina el conjunto (estratégico). El codominio del hecho presupone además concierto de voluntades para realizar el plan global unitario.

c.3. Aporte objetivo de cada interviniente.- Significa este elemento que «habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio ejecutivo, de tal naturaleza que sin ella no hubiera podido cometerse»[878].

El coautor es un participante principal y en ello se diferencia del cómplice[879].

---

[876] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 387.

[877] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 275.

[878] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 229.

[879] LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal Suisse. Parte générale*, Delachaux & Niestle, París, 1976, p. 124.

La coautoría solo sería posible en los delitos dolosos de comisión, descartándose para los delitos culposos[880]. Es la línea que sigue la dogmática alemana[881] atendiendo al criterio del acuerdo mutuo, dado que no podría hablarse de este en los delitos imprudentes.

Distinto parecer se sigue en España, en donde se afirma que «el acuerdo no podrá referirse al resultado pero sí a la conducta imprudente, pues puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá como producto de esa obra común»[882].

La misma dificultad puede ofrecer el caso de la coautoría en los delitos dolosos de omisión, que la niegan algunos autores y la afirman otros.

El fundamento que expresan los que afirman la coautoría en los delitos de omisión, es que hay supuestos en que la infracción del deber de actuar le concierne, por igual y conjuntamente, a una pluralidad de sujetos[883].

En los delitos de mano propia se descartará la coautoría por aquello de la carencia de tipo en que pueda caer la conducta de otros. Tal es el caso de la bigamia.

- Requisitos de la coautoría: «*De la revisión de autos se advierte que su conducta ilícita desplegada no corresponde a la de cómplice secundario, pues participó activamente en los hechos ocurridos el 12 de julio de 2002, conjuntamente con sus coprocesados [...], con quienes se colocó en la pista para impedir el paso de la motocicleta de propiedad de la Marina de Guerra del Perú, conducido por el agraviado [...], el que estaba acompañado, con la finalidad de despojarlos del vehículo menor, para lo cual los empujaron cayendo al suelo y amedrentaron con armas de fuego, logrando su cometido, es decir se apoderaron de la motocicleta, consumando de esta manera el deli-*

---

[880] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 229; ÍDEM, *Delitos impropios de omisión*, cit., p. 173 y ss.

[881] KAUFMANN, *Die Dogmatik der unterlassungsdelitke*, cit., p. 204.

[882] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 389-390.

[883] Loc. cit.

to; por lo tanto, su conducta corresponde a la de coautor, al haberse cumplido los requisitos que configuran la coautoría: decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer» (Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 2004, R.N. Nº 1720-2004-Callao)[884].

II. PARTICIPACIÓN

En un sentido propio, se entiende por participación a la intervención secundaria que tiene alguien en un hecho delictivo ajeno, es decir, del autor, coautor o autor mediato.

El partícipe no tiene dominio del hecho ni realiza formalmente el tipo, aunque colabore con su realización o lo haya inducido o instigado, por lo que su intervención es dependiente del acaecimiento delictivo principal y, no estando comprendida su conducta en el tipo realizado, podría quedar impune si el legislador no hubiera ampliado la punibilidad a la contribución periférica que terceros hacen a la realización típica. Así dicen Roxin y Tiedemann que, «con el castigo de los partícipes más secundarios el legislador ha superado los límites del tipo en mayor medida que en la punición de la tentativa. Ello se justifica en que la realización del tipo por un sujeto que lo ejecuta directamente proporciona un sólido punto de referencia para el castigo de las formas de participación. Se habla aquí, de la accesoriedad de la participación, de dependencia del hecho principal. Con ello se evita la inseguridad jurídica que comporta toda desviación de la exigencia de tipicidad de la conducta»[885].

1. Fundamento del castigo a la participación

Dos son los criterios a partir de los cuales se fundamenta la punición de la participación: criterio de la gravedad de la influencia

---

[884] SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 289.

[885] ROXIN, Claus/ARZT, Günter/TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 43.

corrupta sobre el autor o de la culpabilidad y criterio del favorecimiento del hecho.

Según el primer criterio, se estaría castigando la acción de haber convertido en delincuente al autor, al haberlo culpabilizado[886], por ello, se llama a este primer criterio, teoría de la participación en la culpabilidad[887].

Según el segundo criterio, el del favorecimiento del hecho, llamado también de la causación. Se pune el disvalor de la acción favorecedora del hecho mismo causante de la lesión del bien jurídico, sin que cuente si el autor obró o no culpablemente. Es la teoría dominante en Alemania, España y Perú. En Alemania, Stratenwerth dice que «el fundamento de la punibilidad de la participación solo se puede buscar, en principio, en el hecho de que el instigador y el cómplice colaboran en la realización de lo ilícito cometido por el autor»[888].

Jescheck dice que «es autor quien lesiona o pone en peligro directamente el bien jurídico protegido en el tipo de la parte especial, en tanto que el partícipe contribuye al ataque»[889]. En el mismo sentido se pronunciaba, Maurach[890] y Wessels, con la variante de exigir la condición de que el bien jurídico sea susceptible de ser atacado por el partícipe como tal[891].

La versión más radical de la teoría del favorecimiento la tenemos en la llamada teoría pura de la causación (*Reine Verursachungstheorie*) de Lüderssen que considera que en realidad el partícipe no es que contribuya al hecho del otro sino que realiza su propio injusto[892].

---

[886] Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «El fundamento material de la pena en la participación», en: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 11 (1980), p. 50.

[887] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 258.

[888] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 260.

[889] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 558.

[890] MAURACH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, pp. 357 y ss.

[891] WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 11.

[892] LÜDERSSEN, Klaus, *Zum strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967, p. 119.

En esta misma línea Schmidhäuser plantea que los delitos del partícipe se fundamentan por sí mismos[893]. En España esta tesis radical la sigue Ruiz Antón[894].

En España, Gimbernat considera la actuación del partícipe como una contribución o un favorecimiento para la realización del hecho principal por parte del autor[895]. En igual sentido se pronuncian Rodríguez Devesa[896] y Mir Puig[897].

Entre nosotros, Peña Cabrera sigue la posición de que «el partícipe es punible por colaborar en la realización del ilícito cometido por otro»[898], tesis que desde luego compartimos.

2. La accesoriedad de la participación

La participación es actuación accesoria respecto de la del hecho del autor, autor mediato o coautor, aunque dependiente de este hecho principal ajeno.

Dos son las fuentes que deben establecerse para merituar la participación:

- El momento del hecho principal a partir del cual la accesoriedad opera.
- Qué elementos del delito se han dado para comprometer al partícipe (elementos de hecho punible).

---

[893] SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., J.C. Mohr, Tübingen, 1975, p. 531.

[894] RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho penal*, Edersa, Madrid,1982, p. 197.

[895] GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 87.

[896] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 748.

[897] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 392.

[898] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 316.

a. Grado de realización en la accesoriedad

Para comprometer al partícipe, el hecho principal debe haber alcanzado, cuando menos, el nivel de tentativa, es decir haber comenzado la ejecución del hecho típico y antijurídico[899].

b. Elementos del hecho punible en la accesoriedad

Dependiendo de los pasos dados por el autor principal, la accesoriedad alcanza distinta intensidad.

b.1. Accesoriedad mínima.- El hecho principal satisface el tipo, independientemente de la antijuridicidad. Esta tesis, demás está decirlo, se rechaza en la actualidad.

b.2. Accesoriedad limitada.- El hecho principal además de típico, es antijurídico. No se requiere culpabilidad.

b.3. Accesoriedad extrema.- El hecho alcanza el nivel de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

b.4. Hiperaccesoriedad.- Aquí, además de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, actúan las condiciones objetivas de punibilidad.

La doctrina dominante se inclina por la tesis de la accesoriedad limitada[900] y en tal virtud el hecho material debe ser únicamente típico y antijurídico. El Código Penal peruano sigue esta orientación.

3. Formas de participación

La ley peruana reconoce dos formas de participación: la instigación y la complicidad.

a. La instigación

Dice el artículo 24º del Código Penal, que es instigador «quien determina a otro a cometer el hecho». Más precisión lo da el pará-

---

[899] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 232.

[900] Loc. cit.

grafo 26 del StGB que reza que «instigador es el que ha determinado dolosamente a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico».

El instigado es el autor quien por lo demás domina el hecho a diferencia del instigador que no lo domina. Tener en cuenta que la instigación culposa no es punible.

Es necesario que el instigador, mediante su intervención psicológica, persuada o convenza al autor potencial a que realice determinado tipo «causando la resolución criminal»[901], lo que significa que el autor recién ahora resuelve actuar, pues no se da la instigación si el autor ya había decidido con anterioridad actuar.

Es del caso advertir, por exigencia de la teoría de la imputación objetiva, que la causación de la resolución le sea objetivamente imputable al instigador, lo que significa que en el caso concreto es previsible que, a resultas de la intervención del instigador, se produzca la resolución criminal.

La instigación se admite como abierta o como encubierta siempre que sirva de estímulo idóneo a la perpetración que se pretende.

El medio del que se sirva el instigador puede ser cualquiera; «deseos», «apuestas», «aparente disuasión», creando una situación en la que se prevé que el otro se decidirá por la comisión del delito»[902].

La instigación supone un actuar, no admitiéndose la omisión[903]. Siendo esto discutible.

b. Complicidad

Es cómplice quien, sin realizar dolosamente el tipo, coopera o ayuda al autor. Se requiere que el aporte sea real a la concreción del suceso[904] por medio de hechos o, incluso, de consejos[905]. Entre los

---

[901] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 398.

[902] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 266.

[903] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 236.

[904] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 270.

[905] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 239.

hechos pueden figurar la facilitación de medios, anulación de la víctima, etc. Entre los consejos se admite cualquier intervención psicológica que dé soporte al actuar principal.

Por el grado e importancia de la cooperación, los cómplices pueden ser primarios o secundarios, aun cuando hay autores que plantean la irrelevancia de esta distinción[906]. Por lo demás, Gimbernat nos dice que «ni la necesidad del aporte se mide en abstracto pues ningún cooperador es necesario y que todos lo son si la medición se hace en el caso concreto»[907].

b.1. Cómplice primario.- Es cómplice primario, cuando su cooperación es imprescindible a la luz de la intensidad objetiva de su aporte[908], sin el cual el hecho no se hubiera concretado a la luz del momento en que este se produce. Así, será cómplice primario el gerente que presta la clave de la caja de seguridad, antes del asalto, pues si es durante el mismo, será coautor.

b.2. Cómplice secundario.- Lo será aquel que presta una cooperación no imprescindible y sin la cual igualmente podría haberse realizado el tipo. Normalmente se entenderá como caso de cooperación secundaria la del «campana» o vigilante durante la ejecución de un delito.

Es importante aclarar que la cooperación debe darse antes o durante la perpetración, pues no hay una complicidad posterior a la consumación[909]. Sin embargo, si la promesa de guardar el botín con posterioridad al atraco fue determinante para que el autor o coautor se determinara por proceder, habrá complicidad[910].

---

(906) HAFTER, Ernst, *Lehrbuch das Scherweizerischen Strafrecht. Allgemeiner teil*, 2ª ed., Berna, 1946, p. 45.

(907) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 139-140.

(908) BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 239.

(909) Ibídem, p. 240.

(910) Loc. cit.

- Complicidad primaria y secundaria. Delimitación del aporte: *«En los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia se calificó la intervención del acusado López Palacín como cómplice secundario y la del acusado Tacuri Solís como cómplice primario –pese a lo cual, inadvertidamente, en la parte resolutiva se les calificó de autores–; que, ahora bien, en tanto el acusado López Palacín, a sabiendas, proporcionó el vehículo para la comisión del robo, con el que se contaba para su materialización, como en efecto ocurrió, cabe calificar su intervención como de cómplice primario –y no de cómplice secundario como lo ha hecho el Tribunal Superior–, pues la entrega del coche se produjo en la fase previa a la ejecución material del delito y, según el plan de los autores, el aporte que hizo fue indispensable para la concreción del robo agravado –la utilización del vehículo, en las circunstancias concretas del hecho, no fue un bien escaso, sino un aporte difícilmente obtenible–; que, sin embargo, la intervención del acusado Tacuri Solís fue a título de cómplice secundario, en tanto desempeñó en estricto sentido «funciones de vigilancia» en la ejecución material del robo agravado, más allá de su concreta utilidad –propio de todo acto de complicidad–; que en tanto actúo en la fase propiamente de ejecución del delito, su conducta no puede calificarse de complicidad primaria, y tampoco se trata de un supuesto de coautoría porque esa función de vigilancia –en cuanto valor concreto de su aportación– no fue acompañada del aseguramiento de la huida –el acusado Tacuri Solís no conducía el coche, abordó el mismo luego en momentos que los ejecutores materiales huyeron del teatro de los hechos, por lo que ni siquiera facilitó la huida–, ni su intervención fue tal que tuvo la posibilidad de impedirlo si retiraba su aporte –su aportación fue, sin duda, de menor entidad que la de los otros participantes–, únicos supuestos en los que cabría calificarlo de coautor en virtud de lo que se denomina 'dominio por la decisión' o 'dominio por la configuración'»* (Ejecutoria suprema del 28 de octubre de 2005, R.N. Nº 3026-2005-Arequipa)[911].

[911] SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., pp. 486-487.

4. La participación del extraneus en delitos especiales

Dice Maurach, comentando el artículo 28º del StGB, que «puesto que la participación es una colaboración en un hecho ajeno, también la participación de sujetos extraños, en delitos especiales debe ser ilimitadamente posible»[912].

En el mismo sentido se pronuncia Jescheck, partiendo como es obvio, del mismo aparato legislativo, cuando afirma que «en los delitos especiales propios [...] la participación carece de limitación»[913].

No perder de vista que conforme el inciso 1 del artículo 28º del StGB, en concordancia con el artículo 49º, inciso 1 del mismo apartado legal, la pena del *extraneus* en el delito especial propio es la del *intraneus* atenuada. Tratándose del delito especial impropio –parricidio v.gr.– la solución alemana contenida en el inciso 2 del citado artículo 28º, las agravantes no afectan al *extraneus*.

En el modelo español, en el artículo 65º, inciso 1 del Código Penal de 1995, las cualidades personales del autor en delito especial impropio no se comunican al partícipe. Es titubeante la doctrina al respecto, se rompe el título de la imputación en general, aunque se han suscitado algunas dudas sobre si el criterio de la accesoriedad del partícipe es máxima, limitada o mínima, dependiendo de si la participación lo es de un hecho típico antijurídico y culpable, o solo típico y antijurídico o solo típico.

Respecto al delito especial propio –el de funcionario v.gr.–, la doctrina española no ha resuelto el problema. Así lo insinúa Santiago Mir Puig cuando interroga «¿ha de castigarse con la pena más grave correspondiente en la participación en el delito del funcionario, o solo con la pena señalada al delito del particular?».

La ley peruana en el artículo 26º del Código Penal ha optado por la ruptura del título de la imputación, de donde surge que las cualidades del autor y las circunstancias comprometedoras no se co-

---

[912] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 420.

[913] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 241.

munican al partícipe –principio de incomunicabilidad–. Conforme a este criterio, en los delitos especiales impropios (parricidio, infanticidio v.gr.) la ley peruana sigue la tesis de la mínima accesoriedad, de tal modo que las atenuantes o agravantes de los autores o partícipes serán personalísimas. Así lo comenta Bramont Arias, cuando dice que «se entiende que esta disposición se refiere tanto a las circunstancias agravantes o atenuantes en sentido estricto, esto es, las previstas en la parte general, por ejemplo, la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta, el exceso de legítima defensa, la minoría de edad, el arrepentimiento voluntario antes de ser descubierto, la prescripción, el actuar en error de tipo o en error de prohibición, como las previstas en la parte especial que determinan la aparición de un tipo cualificado o privilegiado (por ejemplo, el homicidio piadoso en lugar del homicidio simple), el actuar bajo la influencia del estado puerperal. Es decir, las circunstancias particulares que eximen o atenúan, no se comunica y solo tiene alcance personal»[914].

Con el delito especial propio, las cualidades del sujeto activo no se comunican al *extraneus* conforme el artículo 26º del Código Penal.

Así, el profesor Villavicencio Terreros nos dice que «con la teoría de la autonomía o ruptura del título de la imputación se excluye a los *extraneus* de la imputación del tipo penal del *intraneus*, subyaciendo su conducta a otros delitos comunes. Por ejemplo –enfatiza el autor citado–, en el caso de peculado el particular que presta un aporte necesario en la comisión delictiva, responderá como autor de un delito de hurto, pero no de peculado»[915].

III. ACTUAR EN LUGAR DE OTRO

Sabemos de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica –*societas delinquere non potest*–. Toda la construcción dogmática de la

---

[914] BRAMONT ARIAS, Luis/BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, *Código Penal anotado*, 3ª ed., San Marcos, Lima, 2000, p. 224.

[915] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 505.

teoría del delito así lo confirma[916], por lo que es el representante, órgano representador o administrador de derecho, el sujeto de imputación cuando, en ejercicio de esa representación o administración, actuando por y desde ella realiza un tipo penal infringiendo deberes que le impone su estatus.

Dice García Cavero de los delitos de infracción de deber, distinguiéndolos de los de dominio más típicamente expresados en los delitos comunes, que se estructuran sobre la base de roles especiales y tienen como factor de imputación la infracción de un deber específico[917].

La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: condicionado funcionalmente por el entorno[918].

Dice el artículo 27º del Código Penal que «el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada».

Se trata de una válvula de homologación por las que la autoría organizacional impersonal muta en individual posible, evitando con ello la impunidad, cuando el autor actuó autorizado.

El legislador español de 1995, en el artículo 31º del Código Penal –con mejor criterio que el nuestro de 1991[919], el cual, amparado

---

[916] En contra BRICOLA, Franco, «Il costo del principio 'societas delinquere non potest' nell' attuale dimensione del fenómeno societario», en: *RIDPP*, 1970, pp. 951; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 149; ACKERMANN, Brunhilde, *Die Strafbarkeit juristischer personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main, 1984; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 183; TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona, 1993, p. 232.

[917] GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 45.

[918] Cfr. NAVAS, Alejandro, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 98.

[919] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 288.

en el artículo 15º del español, abrogado de 1983–, ha comprendido en el concepto de «actuación por otro» al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica lo mismo que a quien actúa en nombre o representación legal o voluntaria de cualquiera otro que no sea persona jurídica.

Dice Rodríguez Mourullo que la penalidad del artículo «es permitir la transferencia de las cualidades que residen en el representado a la persona que actúa en su nombre o representación»[920].

Caso ejemplificador del supuesto es el de la quiebra fraudulenta, tipo especial propio que solo podría realizarlo el comerciante quebrado y, de no existir la cláusula de homologación que estudiamos, el gestor de la quiebra de la persona jurídica –persona natural– resultaría impune, por atipicidad derivada de la calidad del agente.

El administrador de hecho, a diferencia del Código Penal español que lo equipara al de derecho, no está comprendido en el artículo 27º del Código Penal peruano con lo que de paso queda sin resolver el caso del testaferro quien tiene la formalidad, pero no la materialidad del nombramiento[921].

---

[920] RODRÍGUEZ MOURULLO *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 176.

[921] GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, cit., p. 123.

Capítulo XVIII
ANTIJURIDICIDAD

SUMARIO: I. Generalidades. **II.** Antijuridicidad e injusto. **III.** Antijuridicidad formal y antijuridicidad material. **IV.** Antijuridicidad de lesión y antijuridicidad de peligro. **V.** Disvalor de acción y disvalor de resultado. **VI.** Causas de justificación. **VII.** Sistemática y fundamento de las causas de justificación. 1. Teorías monistas de la justificación. 2. Teorías pluralistas de la justificación. a. Principio de la responsabilidad. b. Principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención. c. Principio de solidaridad. **VIII.** Elementos subjetivos de la justificación. **IX.** Error en las causas de justificación. **X.** Causas de justificación en particular. 1. La legítima defensa. a. Consideraciones generales. b. Requisitos de la legítima defensa. 2. El estado de necesidad justificante. a. Consideraciones generales. b. Requisitos. 3. Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. a. Obrar por disposición de la ley. b. Ejercicio legítimo de un derecho. c. Ejercicio de un oficio o cargo. 4. Obediencia debida justificante. 5. El consentimiento. a. Naturaleza jurídica. b. Ámbito de aplicación. c. Requisitos del consentimiento. d. El consentimiento presunto.

I. GENERALIDADES

Como ha quedado establecido precedentemente, para hablar de delito es necesario que la conducta humana se adecue al tipo de la parte especial del Código Penal. A esto, se le llama tipicidad. Si además de tratarse de una conducta típica esta no está autorizada[922] por el orden jurídico en vista de su justificación, entonces estamos ante la antijuridicidad.

---

[922] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 139.

Es antijurídica una conducta típica no justificada por el orden jurídico. Así «una acción típica, por tanto será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación»[923].

Siendo así, vemos que la conducta típica es en principio contraria al derecho –indicio de antijuridicidad– restando verificar si en su favor concurre alguna causa que excluya la antijuridicidad, pues de no concurrir, el hecho será definitivamente antijurídico como parecía serlo antes de hacer esta verificación de carácter negativo (no concurrencia de un permiso).

Ejemplo: un sujeto en sus cabales mata a otro, lo que sin duda es un hecho típico y debemos suponer que en general también lo será antijurídico, salvo que concurra una causa de justificación como la legítima defensa.

El vocablo antijuridicidad[924] significa contrariedad al derecho en su conjunto, y es que «el elemento del delito 'antijuridicidad' no trata de determinar si un comportamiento típico es merecedor de pena, sino que lo que interesa en este punto del examen sistemático es si estuvo de acuerdo con el conjunto del ordenamiento jurídico o no»[925].

Para Welzel, la antijuridicidad implica «un juicio negativo de valor» sobre la conducta típica, precisando que «el sujeto de ese jui-

---

[923] Ibídem, p. 140.

[924] Reyes Echandía prefiere el vocablo antijuridicidad por provenir del término base «jurídico» y el prefijo «anti» que significa «contrario» formándose el sustantivo «antijuridicidad» (REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Antijuridicidad*, Temis, Bogotá, 1997, p. 41. Cfr. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho usual*, 4ª ed., Bibliográfica Ameba, Buenos Aires, 1962, p. 189, quien señala que el vocablo «antijurídico» es un barbarismo pues no existe; en contra JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. III, p. 963. Cabe destacar que actualmente sí existe el vocablo «antijurídico» (según el diccionario de la Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992) del que se deriva la palabra «antijuridicidad» que vendría a ser la forma gramaticalmente correcta de escribir el término.

[925] HIRSCH, Hans Joachim, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 23.

cio negativo de valor no es un hombre individual (ni siquiera el juez), sino el ordenamiento jurídico como tal»[926].

Fragoso dice de la antijuridicidad que es «el contraste entre un hecho y el Derecho, como norma objetiva de valor»[927].

Reyes Echandía dice de la antijuridicidad que es «el juicio negativo de valor que el juez emite sobre una conducta típica en la medida en que ella lesione o ponga en peligro sin derecho alguno el interés jurídicamente tutelado en el tipo penal»[928].

Para Jescheck lo determinante de la antijuridicidad «es la violación por parte del comportamiento, del deber de actuar o de omitir lo que establece la norma jurídica»[929].

II. ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO

Hay que discernir entre antijuridicidad e injusto. Dice Muñoz Conde, siguiendo a Welzel, que «la antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al orden jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídico; lo injusto es, por tanto, la acción antijurídica misma»[930].

Welzel dirá que «la antijuridicidad es un predicado y el injusto un sustantivo»[931].

Como quiera que la antijuridicidad es un concepto unitario que compromete todo el orden jurídico, se puede hablar de injusto civil e injusto penal. El Derecho penal emplea la expresión tipo de injusto para tratar de las conductas penalmente relevantes.

---

[926] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 77.

[927] FRAGOSO, «Antijuricidad», cit., p. 45.

[928] REYES ECHANDÍA, *Antijuridicidad*, cit., p. 23.

[929] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit, p. 315.

[930] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 318.

[931] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 78.

III. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Se dice que cuando un comportamiento contradice el orden jurídico se tiene una antijuridicidad formal. Si además de la mera oposición entre la acción y la norma, se añade el criterio de ofensa al bien jurídico, estamos ante una antijuridicidad material.

Hoy se rechaza esta suerte de paralelismo pues la sola oposición de la conducta al tenor de la norma no acarrea antijuridicidad como tampoco la sola lesión del bien jurídico. «La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción»[932].

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano establece que la pena «precisa necesariamente la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley». Opta, pues, nuestro orden por la tesis de la antijuridicidad unitaria (formal y material), inescindible, de modo que para calificar una conducta de antijuridicidad se requiere que ella reúna los requisitos normativos preceptuados en la norma y que realice el injusto tipificado en él[933].

La dimensión formal lo mismo que la material de la antijuridicidad, regulan y restringen los tipos penales. La mera colisión de la conducta con el tenor de la norma –llenado de un cheque sin fondos por fines didácticos, o la falsificación de una firma famosa por distracción– no satisface la antijuridicidad plena, como no la satisface la mera colisión del acto con el bien jurídico (antijuridicidad material). Tal es el caso de quien, bajo amenaza obliga a otro a que le pague una limosna o le preste una contribución diminuta.

Criterio político-criminal se abre paso en favor de una construcción unitaria de la antijuridicidad. El fin de la norma, su ámbito de tutela y criterio de imputación objetiva deben ser tenidos en cuenta.

IV. ANTIJURIDICIDAD DE LESIÓN Y ANTIJURIDICIDAD DE PELIGRO

El injusto puede haber lesionado un bien jurídico o solo haberlo puesto en peligro. Lesión y peligro son conceptos normativos. En el

---

[932] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 319.

[933] Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 232.

primer caso comprende los bienes tangibles (cosa), tanto como los intangibles (honor). En el segundo supuesto el juicio de peligro descansa en un criterio probabilístico de lesión efectiva.

El juicio de peligro es uno que se realiza *ex ante*, colocándose el juzgador en la situación del agente en el momento de la acción, lo que implica una aproximación al acontecimiento concreto (conocimiento ontológico) y el entendimiento conforme la experiencia y las leyes de la naturaleza, que el peligro específico puede derivar en lesión (conocimiento nomológico). La antijuridicidad plena, precisa de estas consideraciones.

V. DISVALOR DE ACCIÓN Y DISVALOR DE RESULTADO

La conducta para reputarse de antijurídica debe reunir dos condiciones: la de ser ella misma una de carácter desvalorado (disvalor de acción) y haber producido la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (disvalor de resultado)[934].

El principio de intervención mínima, exige esta doble condición para que se de el injusto.

Todo tipo penal contiene una norma protectora de un bien jurídico –no robar, no matar, que tutelan el patrimonio y la vida respectivamente– pero exige al propio tiempo la conducta transgresora. Disvalor de acción y disvalor de resultado caminan juntos y deben pesar igual, no admitiéndose jerarquía entre ellos, aunque en la práctica las legislaciones ponderan en distinta medida una y otra.

Un Derecho penal moderno tomará en cuenta estos criterios de modo de no privilegiar uno en detrimento de otro. Un catálogo en el que abunde el delito de peligro abstracto es involutivo como lo es uno que privilegie los delitos de resultado[935], sin perjuicio de suscribir la tesis dualista objetiva.

---

[934] HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 24.

[935] Ejemplo de un código privilegiador del disvalor de acción será el Código Penal español de 1995 (cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 322).

Partimos pues, como puede advertirse, del criterio finalista según el cual la norma penal es una de determinación de conductas, lo que hace esencial el disvalor de acto[936] y no exclusiva norma de valoración, con privilegio del disvalor del resultado.

Gallas plantea que «el entendimiento de la norma penal como una imperativa de determinación presupone ciudadanos capaces de ser motivados por ella y de llevar a cabo realizaciones finales»[937]. No debemos perder de vista que Gallas lidera una concepción subjetiva monista para la que el solo disvalor de acción –como intención– configura el injusto[938].

La concepción dualista en cambio, privilegia por igual ambos aportes –disvalor de acción y disvalor de resultado–, advirtiendo además la formulación dualista-objetiva, por la que se inclina Susana Huerta Tocildo[939] y por la que en todo caso nos inclinamos nosotros.

Según esta concepción dualista objetiva «el disvalor de acción no se identifica con el disvalor de la intención sino que abarca también el modo, forma o grado de realización de la acción»[940].

Además del disvalor de acción aparece el disvalor de resultado «como momento imprescindible en la constitución del injusto»[941].

Las consecuencias de esta aproximación son, conforme el *ius positum*, el menor castigo de la tentativa frente a la consumación y la exigencia de la efectiva lesión del bien jurídico en el delito imprudente.

---

(936) En el mismo sentido BARATTA, Alessandro, *Philosophie und Strafrecht*, Carl Heymanns, Köln, pp. 292-293.

(937) GALLAS, Wilhelm, «Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en: *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, p. 156.

(938) Zielinski va más allá que Gallas al otorgar menor importancia al desvalor del resultado en la antijuridicidad (ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, cit., pp. 128 y ss.).

(939) HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit., p. 50.

(940) Loc. cit. Igualmente, GALLAS, «Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», cit., p. 159; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 445; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 322.

(941) HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit., p. 51.

Cualquier conclusión que se pretenda debe partir del fin del derecho penal, y si se parte de que el fin del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos pero mediante estabilización de la norma penal para que sirva de imperativo de conducta a los ciudadanos y se les motive preventivamente, la conclusión de momento serían dos: 1) la antijuridicidad penal no puede prescindir de la referencia a los bienes jurídicos[942] y 2) el mecanismo decisivo es la estabilización de la norma, como imperativo orientador de conductas.

VI. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Nos dice Jakobs que «las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido»[943].

Se trata de conductas adaptativas, aceptables socialmente en vista de la situación de justificación en que ocurren y conforme un particular estado social. La causa de justificación en el caso específico desvirtúa el indicio de antijuridicidad a que se había llegado con la realización del tipo, convirtiendo el hecho típico en algo lícito y justo.

Dice Bacigalupo que «decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró»[944].

Las consecuencias son las siguientes:

1. Frente al acto justificado no se admite legítima defensa.
2. Verificada la causa de justificación carece de objeto el juicio de culpabilidad.
3. El beneficio de una causa de justificación se hace extensivo a los partícipes en aplicación del principio de accesoriedad limitada.

---

[942] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 385.

[943] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 419.

[944] BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 139.

4. La extralimitación del acto justificado haría del exceso una antijuridicidad, aunque nosotros planteamos por criterio de imputación objetiva una causa de atipicidad.

VII. SISTEMÁTICA Y FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En la búsqueda del fundamento de las causas de justificación han aparecido dos teorías:

1. Teorías monistas de la justificación

Plantea esta teoría que el único fundamento de las causas de justificación «es el del empleo adecuado para el fin justo»[945], o el de «la ponderación de bienes»[946]; o el «respeto de la pretensión prevalente a un bien en la situación concreta»[947]; o «la regulación socialmente conveniente de los intereses o contraintereses»[948].

2. Teorías pluralistas de la justificación

Pretenden un equilibrio entre el criterio del interés preponderante con el de la ausencia de interés, o el principio del derecho preponderante con el de la ausencia de injusto[949].

El orden jurídico privilegia a ciertos bienes jurídicos sobre otros, preponderan entonces unos intereses independientemente del valor del bien afectado, por estarse en supuestos de defensa legítima o cumplimiento del deber.

---

[945] GRAF ZU DOHNA, Alexander, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., München, 1950, pp. 30 y ss.

[946] NOLL, Peter, «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwagung als Prinzip der Rechtfertigung», en *ZStW* 77 (1965), pp. 1.

[947] SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 9/13.

[948] ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 79 y ss.

[949] BLEI, Hermann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18ª ed., München, 1983, T. I, Nº 36.

Jescheck propone que, «con ocasión de intervenir una contranorma debe eliminarse tanto lo ilícito de la acción como lo ilícito del resultado»[950].

Jakobs[951] sugiere tres principios conexos con las teorías pluralistas.

a. Principio de la responsabilidad

Llamado también principio del ocasionamiento por parte de la víctima de la intervención.

Conforme a este principio es la víctima la que debe asumir los costes de su intervención. Así, tenemos el ejemplo de la legítima defensa: «Quien ha puesto en marcha culpablemente un curso dañoso debe soportar los costes de su eliminación»[952].

b. Principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención

Estamos a que la víctima de la intervención justificante, aceptó las consecuencias y administró sus intereses.

c. Principio de solidaridad

Se recurre a la víctima de la intervención justificante en interés de otras personas[953], es decir, de la generalidad, Ejemplo: el caso del ejercicio del cargo, en que se interviene por la sola sospecha.

VIII. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA JUSTIFICACIÓN

Una acción se justifica porque se presenta objetivamente la situación justificante y porque, además, el autor sabe del trance, se

---

[950] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 444.

[951] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 421.

[952] Loc. cit.

[953] Loc. cit.

percata de la emergencia. Tal es el caso de la legítima defensa, en la cual el actor debe ser víctima del ataque y al mismo tiempo saber que se está defendiendo de este. «Para la justificación de una acción no es suficiente, por tanto, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además, que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado»[954].

Es innecesario, para los efectos del estado subjetivo de justificación, que los móviles del actor sean valiosos, bastando conque sepa que actúa autorizado jurídicamente.

Naturalmente que está en lo posible que el actor no se represente con certeza la situación justificante. En este caso si las dudas no se pueden remover sin correr riesgos, se admite la decisión de actuar. Igual habrá de valuarse el acto desde una perspectiva *ex ante*.

Es un logro del finalismo la concurrencia del elemento subjetivo de justificación, para la exclusión de la antijuridicidad, pues el causalismo solo tomaba en cuenta los presupuestos objetivos[955].

IX. ERROR EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Establecido está que la justificación exige la presencia objetiva de la situación y el estado psicológico de saberse actuando justificadamente. Faltando cualquiera de estos dos elementos el comportamiento será antijurídico.

En cuanto al elemento subjetivo, puede el autor estar erróneamente creyendo encontrarse frente a un presupuesto objetivo de una causa de justificación. El autor cree erróneamente estar siendo atacado cuando en realidad no lo está.

Estamos pues frente a un error en las causas de justificación. Se trata en suma de una suposición errónea de que concurren presupuestos de una causa de justificación, constituyendo este estado, un «error sobre el tipo negativo como una especie de error de

---

[954] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 329.

[955] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 416.

tipo»[956], siendo, sin embargo, que el caso es uno que enerva la culpabilidad como veremos más adelante por afectar un elemento normativo del tipo.

Tratándose de una especie de error de tipo su tratamiento se corresponde con el que se le da en general al error de tipo, y en tal sentido si tal error es objetivamente vencible amenguará la pena tratándose de una situación de imprudencia, y la eximirá si el error es objetivamente invencible.

No afecta la antijuridicidad, disminuye la culpabilidad.

Si el error es absolutamente invencible, siempre sobre los elementos normativos, esta situación trae como consecuencia la impunidad.

La vencibilidad del error tendrá que valuarse desde la perspectiva *ex ante* pues «si una persona, tras una valoración de las circunstancias, considera prudente y razonablemente, que va a ser víctima de una agresión y reacciona defendiéndose, parece correcto considerar que actúa justificadamente»[957]. Tal es el caso del comandante de una aeronave que creyendo necesario, para salvar su avión y pasajeros, dispone arrojar la carga luego de evaluar cuidadosamente la urgente situación. Aquí aunque luego se determine que el avión igual se hubiera salvado sin el arrojo de la carga, el comandante actuó justificadamente. Agregar además que esta solución la aporta igualmente el instituto de disminución del riesgo, de la teoría de la imputación objetiva de Roxin, a nivel de la tipicidad.

El error puede versar sobre los límites de la causa de justificación. Aquí la porción del exceso es antijurídica.

X. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

En teoría las causas de justificación son indeterminables. La doctrina, la ley y la jurisprudencia dominante reconocen expresamente la legítima defensa, estado de necesidad justificante y el consentimiento.

---

[956] Ibídem, p. 418.

[957] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 330.

Sin embargo, hay otros. Las causas específicas de justificación en la doctrina y la ley peruana son:

1. La legítima defensa (artículo 20 inciso 3).
2. Estado de necesidad justificante (artículo 20 inciso 4).
3. Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 20 inciso 8).
4. Obediencia debida (artículo 20 inciso 9).
5. El consentimiento (artículo 20 inciso 10).

1. La legítima defensa

a. Consideraciones generales

Llamada también defensa necesaria, ha sido definida por Luis Jiménez de Asúa como «la repulsa o impedimento de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla»[(958)].

El principio rector de la legítima defensa es que «el derecho no tiene que ceder al injusto»[(959)].

«El derecho a la legitima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la *protección individual* y el *prevalecimiento del Derecho*»[(960)].

Se dice que el derecho a la legítima defensa no tiene historia, o que pertenece al ámbito del derecho natural –*est haec non scripta, sed nata lex*, dice Cicerón en su discurso *promilone*–.

---

(958) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 26.

(959) JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 301.

(960) ROXIN, *Derecho penal. Parte general. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 608. (Las cursivas son nuestras).

Mientras para Roma, la legítima defensa se entendió como un derecho individual originario.

En el Derecho germánico adoptó una perspectiva colectiva de defensa del orden jurídico. *Naturalis ratio permitit se defendere.*

A estas alturas del desarrollo dogmático puede decirse que la legítima defensa conjuga, en su fundamentación, el aspecto individual –que legitima la acción individual– y el aspecto colectivo de afirmación del orden jurídico –que la diferencia del estado de necesidad–, pues «ambos aspectos –individual y colectivo– se hallan hoy en la base de la legítima defensa»[961]. Más parca y precisa es la definición de la doctrina[962] y legislación alemana para quien «la legítima defensa es la defensa requerida para apartar de sí o de otro una agresión actual antijurídica»[963] y que hace suyo el Código Penal alemán (parágrafo 32 StGB).

El Código Penal español en su numeral 4 del artículo 20º declara exento de responsabilidad criminal al que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos siempre que concurran los requisitos de agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente.

Vemos por lo pronto que las definiciones modernas a diferencia de la inicial de Jiménez de Asúa omiten el tema de la proporcionalidad en las medidas defensivas.

El Código Penal peruano, del mismo modo, enfatiza lo de la necesidad racional del medio empleado y omite la de la proporcionalidad de la vieja doctrina.

La legítima defensa no activa una excusa del derecho pues el acto en sí es justo y lo justo no requiere ser disculpado. Carrara enfatiza con sobrada y airada elocuencia este acierto diciéndonos que «cuan-

---

[961] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 425.

[962] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 303; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 457; WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 101.

[963] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 101.

do he defendido mi vida o la de otro del peligro de un mal injusto, grave e inevitable de otro modo, que amenazaba la persona humana, no he tenido necesidad de una excusa; he ejercitado un derecho, un verdadero sagrado derecho, mejor dicho, un verdadero y sagrado deber, porque tal es la verdadera conservación de la propia persona, sería un delito horrible castigarme, sería un insulto nacido de la ignorancia y de la crueldad, decirme que se me otorga una excusa»[964].

Modernamente se pretende restringir la legítima defensa por criterios político-criminales[965], de modo que no se admitiría cuando los bienes lesionados del agresor son de mucho mayor valor que los del ofendido o cuando el ataque lo hace inimputable. Mir Puig dice de esto que «late tras todo ello el tránsito del idealismo liberal decimonónico al realismo propio del Estado social de nuestros días»[966].

Discrepamos de esta tesis, no solo porque la propuesta del Estado social está caduca pues ha cedido paso a la globalización, sino porque es el agresor el que debe asumir los costos de su ataque ilegítimo a bienes jurídicos ajenos y es parte de este coste el cálculo precedente del riesgo que él debe hacer y no del que hace uso de la legítima defensa a cuyo cargo está el cálculo de la racionalidad de la necesidad defensiva.

Añadimos que el infractor se pone al margen del Derecho. El ciudadano tiene derecho a la defensa y si la ejerce, estabiliza el derecho y puede incluso ser más eficaz que la misma pena por su inmediatez y contundencia.

b. Requisitos de la legítima defensa

Conforme la definición doctrinaria de la legítima defensa (*supra* 1.1) en este mismo capítulo y conforme las circunstancias concurren-

---

[964] CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, cit., Nº 294, T. I, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., p. 57.

[965] ROXIN, Claus, «Las 'restricciones ético-sociales' al derecho de legítima defensa», traducción de José Manuel Gómez Benítez, en: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 17 (1982), p. 297.

[966] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 427.

tes que exige el inciso 3 del artículo 20º del Código Penal peruano, los requisitos son:

b.1. Agresión ilegítima.- Por agresión ilegítima debe entenderse la conducta humana de acometimiento físico o psicológico que una persona, sin derecho alguno, hace sobre o contra otra persona, sus bienes o sus derechos.

Se trata de un acto violento contra la persona que puede afectar su integridad física (el soma), psicológica (su integridad mental), moral (la honestidad, el honor); contra sus bienes, que comprende todo y cualquier patrimonio, tangible o no; contra sus derecho, de toda índole sin restricción pues todo tipo de bien puede ser defendido, a condición que estos bienes sean individuales, propios o de terceros, excluyéndose desde luego, los que son públicos o comunitarios.

Jakobs, sin embargo, afirma que cabe la legítima defensa del derecho al uso común y así «la defensa contra aquel que cierra la carretera o la calle es incluso una acción prototípica de legítima defensa»[967].

En el mismo sentido se pronuncia Roxin aunque admitiendo que es una cuestión discutible[968]. En cambio es unánime el criterio en mérito del cual no se acepta la defensa de bienes jurídicos de la comunidad[969].

Para que exista agresión basta con su tentativa, siempre que sea idónea, no es necesario la consumación[970], de lo que se desprende que no cabe legítima defensa de una tentativa inidónea (disparo con arma de juguete).

Para que se dé la ilegitimidad (antijuridicidad) del ataque, este debe proceder de un humano consciente, que actúa voluntariamente, dolosa, o culposamente por haber infringido el deber de cuidado[971].

---

[967] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 459.

[968] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 624.

[969] Ibídem, p. 625.

[970] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 429-430.

[971] En contra LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, «Legitima defensa y estado de necesidad defensivo», en COBO DEL ROSAL, Manuel (Director), *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985, Vol. 1, p. 117.

La legítima defensa procede frente a un inimputable o de quien actúa bajo causa de exculpación[972]. No se admite frente al acto fortuito por faltarle a este acto antijuridicidad.

La agresión por último, debe ser actual o inminente dado que solo en esa hipótesis se puede evitar la agresión. Si la agresión ha terminado no cabe defensa alguna, puesto que estaríamos ante un supuesto de venganza. Tal es el caso de dispararle al malhechor que huye, salvo que lo haga con el botín.

No puede decirse sin embargo que ha cesado el ataque cuando la víctima de la agresión antijurídica logra desarmar al atacante, «pues lo mismo que le fue arrebatada la navaja o la pistola, puede recuperarla. En estos supuestos la agresión dura y no debe negarse la legítima defensa al matador»[973].

Tampoco cesa el ataque antijurídico cuando el ladrón huye con el botín. Así, Jescheck confirma que puede incluso, «en ese supuesto extremo, utilizarse el arma de fuego si no se pudiera detener de otra forma al fugitivo»[974]. Por tratarse de un ataque reversible[975].

El empleo de ofendícula y otros mecanismos u obstáculos de defensa perimétrica, lo mismo que el empleo de perros guardianes son compatibles con la legítima defensa bajo actualidad de la agresión dado que se activan recién en la oportunidad del ataque antijurídico[976].

Los criterios de riesgo permitido y adecuación social serán los empleados para apreciar las circunstancias de un ataque actual o inminente y siempre desde una perspectiva *ex ante*.

---

[972] MAGALDI PATERNOSTRO, María José, *La legitima defensa en la jurisprudencia española*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 70.

[973] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. IV, p. 195.

[974] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 307. Asi la sentencia RG 55.82.

[975] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 468.

[976] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 307; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 634.

La riña mutuamente consentida no da lugar a legítima defensa pues implica simultánea posición de agresor en los intervinientes, amén del requisito de falta de provocación.

El tema de si es atendible la legítima defensa de animales martirizados o torturados ha sido resuelto en la doctrina y legislación alemana favorablemente al asimilar al animal en el concepto de 'tercero'[977].

Respecto de la defensa de terceros o auxilio necesario basta decir que procede como en el supuesto de la defensa propia aunque debe presumirse o contarse con la voluntad defensiva del socorrido, pues no se le puede imponer el socorro[978].

b.2. Necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión ilegítima o repelerla.- Es la necesidad de la defensa, que implica contemporaneidad de la agresión. Esta necesidad será racional desde una perspectiva *ex ante*, no *ex post*.

«Necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño»[979].

La racionalidad del medio no debe ser entendida como proporcionalidad tanto menos que la Ley Nº 27936 agrega al inciso 3 del artículo 20º, por precisión, y sin que fuera necesario de cara al texto literal, el siguiente párrafo: «Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa».

La defensa será necesaria cuando resulta adecuada o idónea al propósito, y eficaz[980]. Deberá pues existir un nexo de adecuación

---

[977] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 625.

[978] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 312; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 661.

[979] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 628.

[980] Ibídem, p. 628.

entre la repulsa y la índole de la agresión. Así quien puede repeler el ataque antijurídico de un bofetón no tiene por qué valerse de un arma blanca o como dice Roxin «quien puede intimidar al agresor amenazándole con un arma contundente o de fuego o mediante un disparo, no puede disparar sin más»[981].

La obligatoria escogencia del medio menos lesivo no debe sin embargo implicar riesgo para el agredido pues «cuando las advertencias y otras medidas defensivas más benignas impliquen peligros, podrá este elegir un medio defensivo más duro, pero seguro»[982]. Así nos lo dice Roxin cuando señala que «frente a amenazas procedentes de matones brutales puede estar justificado ejecutar disparos mortales aunque no se haya hecho antes advertencia»[983].

Nos dice Jescheck con acierto que «en caso de necesidad, el atacado puede defenderse de la sustracción violenta de su cartera matando al agresor, si no dispone de ninguna posibilidad de defensa más moderada»[984].

Jakobs lo dice a su modo: «No importa la proporcionalidad de los bienes afectados, la defensa de bienes materiales, cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor»[985].

Roxin en sus ejemplos tomados de la praxis dice que «quien es agredido por tres hombres que dicen que va a correr sangre también puede, una vez que ha sido inútil un disparo de advertencia, efectuar disparos mortales a los agresores sin tener que intentar primero un disparo a las piernas de dudosa eficacia»[986] y añade que «igualmente una persona a la que un hombre de 130 kilos de peso y físicamente

---

[981] Ibídem, p. 29.

[982] Loc. cit.

[983] Loc. cit.

[984] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 308.

[985] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 472.

[986] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 630.

mucho más fuerte la sujeta por los brazos y le golpea en la cara y en la nuca, puede librarse mediante una cuchillada mortal»[987].

Otros ejemplos de la práctica: «El titular de una vivienda puede apuñalar con un cuchillo a un hombre ebrio que se ha introducido por la noche en su vivienda» o «si un sujeto grita a otro que le va a matar y le arremete con los puños, este puede defenderse con un puñal –aunque tenga consecuencias mortales–»[988].

La jurisprudencia peruana, en la ejecutoria suprema del 4 de agosto de 1987, expediente Nº 582-87, consideró como legítima defensa la de quien se defendió disparando mortalmente un arma de fuego a quien le arrinconó acosándolo con un cuchillo[989].

Sin embargo, como bien señala Cerezo Mir y distanciándose con elocuente razón de la doctrina y jurisprudencia dominantes en España «es incompatible con el fundamento de la causa de justificación de la legítima defensa la exigencia de proporcionalidad, o de que no existe una gran desproporción entre el mal causado en la reacción defensiva y el que se pretendería producir con la agresión ilegítima»[990] y enfatiza añadiendo el inserto español que «la reacción defensiva puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión al bien jurídico o al ordenamiento jurídico»[991]. Ejemplifica diciendo: «Es lícito causar lesiones corporales o dar muerte al agresor si es estrictamente necesario para impedir o repeler un ataque a la libertad, la libertad sexual, el honor o la propiedad». No podría haberse pronunciado de manera diferente el profesor español si se tiene consideración que su maestro Hans Welzel ya había señalado que «la defensa puede llegar hasta donde sea requerida para la defensa efectiva inmediata, pero no debe llegar más allá de lo es-

---

[987] Loc. cit.

[988] Loc. cit.

[989] *Jurisprudencia penal*, Normas Penales, Trujillo, 1996, p. 59, Nº 22.

[990] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 235.

[991] Loc. cit.

trictamente necesario para el fin expuesto»[992] y añade sin vacilación el profesor de Bonn que «lo requerido es independientemente de una proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su protección. De ahí que también bienes materiales, llegado el caso, pueden ser protegidos mediante la muerte del agresor (pues tampoco en estos casos el derecho precisa ceder ante lo injusto)»[993].

Claus Roxin siguiendo este criterio señala que «la necesidad de la defensa no está vinculada a la proporcionalidad entre el daño causal y el impedido»[994] y ejemplifica diciendo que «quién solo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejerce la defensa necesaria[995].

En la legislación alemana se ha querido morigerar o ablandar la legítima defensa introduciendo el concepto pretendidamente ético-social de legítima defensa requerida o indicada (*geboten*) por el que «si alguien mata de un tiro a un niño para impedir el hurto de fruta, ello podrá ser necesario para repeler la agresión si no se puede preservar de otra forma la propiedad. Pero que no se puede permitir una defensa semejante es algo que todo el mundo reconoce al menos en un supuesto tan claro como éste[996]. Sin embargo, como reconoce Roxin, aunque discrepe de ellos, que algunos autores alemanes consideran inconstitucionales estas restricciones ético-sociales de la legítima defensa»[997] por implicar «un lema difuso que solo conduce al ablandamiento y la inseguridad en el derecho de legítima defensa»[998].

También plantea Roxin restringir la legítima defensa para supuestos de ataques de bagatela o agresión irrelevante y en las contravenciones[999]. Así «quien solo podría impedir un hurto de bagatela

---

[992] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 103.

[993] Loc. cit.

[994] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 632.

[995] Loc. cit.

[996] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 635.

[997] Ibídem, p. 636.

[998] SPENDEL, Günter, citado por ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 637.

con un disparo peligroso para la vida, en el caso extremo tendrá que dejar escapar al ladrón y limitarse a una denuncia a la policía»[1000].

Un sector ha interpretado esta disposición en el sentido de que para la defensa frente a agresiones a cosas «nunca es admisible matar a un ser humano». Ello significaría que en ese ámbito no se podría matar ni siquiera para impedir las agresiones más importantes. En cambio, la opinión totalmente dominante la rechaza que la CDH tenga la menor influencia sobre el derecho de legitima defensa del ciudadano, afirmando que la CDH regula sólo los deberes de los órganos estatales, y no la conducta de la persona privada»[1001].

Entre nosotros hace bien Peña Cabrera en señalar que «es un error exigir la proporcionalidad objetiva de los medios empleados»[1002].

En cambio, creemos que el profesor Hurtado Pozo, erróneamente, tiene muy presente «la proporcionalidad de los bienes en conflicto y una cierta equivalencia entre los medios que se emplean para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor»[1003].

Villavicencio Terreros[1004], equidistante hace suya la tesis de las restricciones ético-sociales a la legítima defensa de Roxin de las que ya hemos dado cuenta distanciándonos de esta, pues creemos con Cerezo Mir que «la racionalidad que exige la ley va referida exclusivamente a la necesidad»[1005] y por que además, bastante límite le impone a la legítima defensa, la proscripción civilista del abuso de derecho.

Respecto del error en la apreciación de las circunstancias implica una legítima defensa aparente o putativa y en consecuencia

---

[999] Ibídem. p. 646.

[1000] Ibídem. p. 647.

[1001] Ibídem, p. 648.

[1002] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 371.

[1003] HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 377.

[1004] VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 245.

[1005] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 236.

antijurídica, pero tratándose de un yerro *sui generis*[1006] deberá manejarse como error de tipo, salvo que el supuesto se subsuma en la causa de inculpabilidad en que consiste el miedo insuperable.

Determinada pues, la necesidad de la defensa, como algo imprescindible e inevitable, el empleo de los medios deberá ser el objetivamente exigido por la situación y por el propósito excluyentemente defensivo que debe guiar al atacado.

Respecto del exceso de la defensa decir que si ello resulta de miedo insuperable se aplicará para el exceso la causal de inculpabilidad correspondiente; si se debiera a error de cálculo o celo reactivo de aplicación será la atipicidad derivada de competencia de la víctima para no imputarle al autor el resultado, en aplicación de los criterios de imputación objetiva.

b.3. Falta de provocación suficiente.- Descartada la provocación insignificante o inadecuada, es exigencia de la doctrina y la ley que el agredido injustamente no haya estimulado en medida suficiente (adecuada) al agresor provocándolo, pues en ese caso no lo ampara la legítima defensa, aunque pueda recurrir a la causa de exculpación.

No cabría pues legítima defensa frente a la esposa ofendida por el comportamiento adulterino del marido sorprendido in fraganti y atacado a muerte por ella.

No cabría, así mismo, que el ladrón sorprendido la invocara, frente al dueño de la cosa actualmente atacada, pues provocó la situación.

Cerezo Mir es del temperamento que la provocación para estimarse suficiente debe implicar una acción u omisión ilícita[1007], aunque añade que «no es preciso que dicha acción u omisión ilícita sea culpable»[1008].

[1006] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 314.

[1007] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 236.

[1008] Loc. cit.

En un interesante fallo la Corte Suprema precisó algunas circunstancias excepcionales bajo las cuales podía entenderse que concurrían los presupuestos de la legítima defensa:

> *«Conforme se advierte de autos, siendo las tres y cuarenta de la madrugada aproximadamente, las personas de Américo Cristian Espinoza Morales y Alex Alfredo Estrada Villanueva, procedieron a sustraer los autopartes de uno de los vehículos del encausado Percy Rafael Gibson Frech que se encontraba aparcado en el frontis de su vivienda, produciéndose ruidos que motivaron que el mencionado encausado abandonara la habitación en que se encontraba descansando y de inmediato tomara su arma de fuego efectuando disparos al aire, circunstancias que en lugar de atemorizar a los agentes patrimoniales, o en todo caso les hiciera desistir de su resolución delictiva, estos procedieron a responder también con disparos de armas de fuego, generándose así una balacera que trajo como resultado que Espinoza Morales fuera alcanzado por dos proyectiles de bala disparados por Gibson Frech, logrando impactar una baña en la cabeza y otra en el brazo derecho que determinaron su muerte, tal como se describe en el protocolo de autopsia [...]; que al haber ocurrido los hechos de la manera descrita, se aprecia que el comportamiento del encausado Gibson Frech se encuentra amparada en la causa de justificación de la legítima defensa, prevista en el inciso 3 del artículo 20º del Código Penal, toda vez que concurren sus elementos configurativos: a) agresión ilegítima, que resulta de la hora, escenario y circunstancias de los hechos, observándose que los disparos que efectuó el citado encausado estuvieron precedidos por la agresión de que era víctima tanto en su patrimonio como en su integridad corporal, máxime aun cuando el propio encausado declara [...] que fue el occiso quien dio la iniciativa para la perpetración del ilícito patrimonial y que con el hecho submateria sumaban tres ya los robos perpetrados conjuntamente; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla: se tiene que los agentes emplearon armas de fuego en el momento de los hechos, obrando incluso con la intención de dar muerte al propietario del vehículo con tal de lograr su propósito delictivo [...]; que, en consecuencia, es frente a la agresión ilegítima cuando el agente emplea el arma de fuego como único medio para impedir o repeler la agresión que en el caso concreto era actual e inminente en vista de la especial situa-*

ción de necesidad en que se encontraba, de tal forma que el uso del arma, en esta circunstancia, resulta racional; que a lo anterior se agrega el hecho que el agente contaba con licencia para portar armas conforme a la fotocopia obrante [...]; c) falta de provocación suficiente de quien hace la defensa: que, conforme a la inspección técnica balística [...], efectuada en el inmueble donde acontecieron los hechos, se infiere que los atacantes efectuaron varios disparos contra el propietario del referido inmueble, hecho que dio lugar a que este efectuara dos disparos al aire antes de disparar contra el cuerpo de su agresor, de tal forma que el encausado Gibson Frech no provocó ni dio motivo para la agresión ejecutada en su contra, por lo que no se le puede exigir el empleo de otro medio cuando el arma era lo único con el que podía defenderse; que, por consiguiente, al incurrir los elementos de la mencionada causa de justificación, la conducta del encausado Percy Rafael Gibson Frech, debe ser vista como un comportamiento aceptado socialmente en consideración al contexto especial en el que se desarrollo la agresión y la respuesta frente a ello, desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta» (Ejecutoria superior del 27 de abril de 1998, Exp. Nº 4986-97-Lima)[1009].

2. El estado de necesidad justificante

a. Consideraciones generales

El estado de necesidad lo norma el inciso 4 del artículo 20º del Código Penal y por él se exime de responsabilidades a quien «ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro».

Cerezo Mir define el estado de necesidad como la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin pro-

[1009] PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999, p. 132.

ducir lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber[1010].

Para Jescheck, siguiendo a Bockelmann, el estado de necesidad es, en el sentido jurídico más general de la expresión, un estado de peligro actual para intereses legítimos que solo puede ser conjurado mediante la lesión de los intereses legítimos de otros[1011].

La situación de la que surge el estado de necesidad es la de peligro actual e insuperable de otro modo, para bienes de más valor que la de los que se sacrifican para renovar o superar el peligro, salvándolos o intentando su salvación.

El estado de necesidad justificante parte de la colisión de bienes jurídicos de distinto valor, con lo que se diferencia del estado de necesidad disculpante en que los bienes en conflicto tienen igual valor y en consecuencia el derecho no justifica aunque disculpe el sacrificio de bienes.

El estado de necesidad justificante responde al principio de ponderación de bienes en colisión, de modo que el mal causado sea inferior al que se quiso evitar o se evitó.

El estado de peligro del bien amenazado debe ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento, por el que trata de evitarlo[1012] y porque como afirma Roxin, «el tenor de la ley vincula la justificación a la concurrencia de un peligro, y no a la mera imaginación del mismo»[1013].

Jescheck[1014] y Roxin[1015] plantean recientemente que hay un estado de necesidad defensivo cuando el justificado se defiende de la

---

[1010] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 249.

[1011] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 316 y 317.

[1012] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 343.

[1013] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 677.

[1014] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 319 y 320.

[1015] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 705.

misma cosa peligrosa, destruyéndola o dañándola, así el caso de matar al perro rabioso. Habrá en cambio estado de necesidad agresivo cuando el necesitado ataca un bien jurídico no implicado ni generador de peligro, para salvar otro bien distinto y más valioso. Así el caso del médico que dispone del auto ajeno para conducir al herido hacia el hospital a falta de taxi.

El estado de necesidad aparente o putativo deriva en exculpación.

b. Requisitos

b.1. Que el mal causado sea menor que el que se quiere evitar. sí, el que rompe una valiosa puerta para salvar a un menor que amenaza morir en el incendio.

El criterio de ponderación deberá ser desde luego amplio, pues el uso de reglas estrictas no conduce a nada dado la heterogeneidad posible de los bienes en conflicto.

El estado de necesidad justificante, más allá de la redacción del inciso 4 del artículo 20º del Código Penal, no se admite para bienes de igual valor y menos para el supuesto de la *tabula uniux capax* a que alude Hecatón, en la tabla de salvación de Carneades, pues la vida siendo un bien en sí mismo, si se sacrifica para salvar otra, da lugar a causa de exculpación.

b.2. Que la situación de necesidad no haya sido intencionalmente provocada.- Como regla el que provoca intencionalmente una situación de necesidad no puede ampararse después en ese estado, por los mismos criterios que para la provocación en la legítima defensa. Complica el asunto en el clásico ejemplo del automovilista que imprudentemente conduce a alta velocidad (provocación intencionada de riesgo), y llega al trance de tener que evitar chocar frontalmente con un camión estacionado, pudiendo morir, y atropella al ciclista por evitar el choque. En esta hipótesis no habrá estado de necesidad justificante aunque sí disculpante[1016]. Si en este ejemplo la alternati-

[1016] En contra, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 346.

va del conductor imprudente es la de sacrificar propiedad ajena sí lo ampara[1017], aunque discutible por ser el protagonista el provocador.

b.3. Que el sacrificado no está obligado a sacrificarse.- Cuando el necesitado por causa de su oficio o cargo tiene la obligación de sacrificarse no se admitiría, en general, el estado de necesidad justificante. Es el caso del médico en una epidemia, el soldado, el bombero, salvavidas, etc.

Compartimos con Gimbernat que este requisito «supone una quiebra al principio de ponderación de bienes»[1018].

Creemos que si debemos salvar la vida del bombero atrapado, sacrificando ciertas piezas de gran valor histórico amenazados por el incendio voraz, salvar al bombero confirma un estado de necesidad justificante.

Los límites objetivos de la exigencia varían no solo según la profesión sino según las circunstancias.

La jurisprudencia consideró como un supuesto de estado de necesidad cuando se coacciona, mediante amenazas a alguien para que realice un acto de colaboración con una organización terrorista.

Estado de necesidad justificante:

«Que se imputa a la procesada [...] haber pertenecido al grupo subversivo 'Sendero Luminoso' y, como tal, incursionado en varios pueblos del departamento de Ayacucho; que, sin embargo, de sus propias declaraciones, uniformes, reiteradas y convincentes, se aprecia que fue coaccionado bajo amenazas de su integridad física a prestar colaboración a los elementos subversivos, a cuyo efecto colaboró en la preparación de alimentos; que, en consecuencia, no existiendo prueba alguna que desvirtúe lo declarado por esta, ni prueba que demuestre que haya participado

---

[1017] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 375.

[1018] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la parte general de Derecho penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 65.

en acciones subversivas, su conducta constituye en una causal de eximencia comprendida en el inciso 4 del artículo 20º del Código Penal, que señala 'está exento de responsabilidad penal: el que ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace su vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro'» (Ejecutoria suprema del 19 de julio de 2004, R.N. Nº 2538-2003-Ayacucho)[1019].

3. Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Como no podría ser de otra manera, es unánime el criterio de considerar justo todo comportamiento que ordene el derecho aun cuando consista en realizar el tipo. Ejemplo: el juez que ordena detención; el policía que impide la fuga o hace la captura, etc.

Ha hecho bien entonces el legislador peruano en regular esta causa de justificación en el inciso 8 del artículo 20º del Código Penal y las modalidades que prevé son tres:

a. Obrar por disposición de la ley

La ley es de cumplimiento obligatorio para su destinatario y desde ese momento surge para él un deber jurídico, que de significar la realización de un tipo, esa realización deviene en lícita.

Es fundamento de esta causa de justificación el principio del interés preponderante[1020], lo que como criterio resulta insuficiente para el supuesto de conflicto de dos deberes iguales en que la conducta será lícita, si el sujeto cumple con cualquiera de ellos[1021].

[1019] SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 283.

[1020] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. IV, p. 519. Asimismo SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. La ley penal. El delito*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, pp. 328 y ss.

[1021] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 48.

El caso frecuente de obrar por mandato de la ley es el de prestar testimonio, aunque pudiera infamar a un tercero. No es constitutivo de delito además, por faltar el *animus*.

De cualquier manera nos parece discutible esta causa de justificación pues, la mayoría de las veces, el cumplimiento de un deber no realiza tipo penal alguno por falta del elemento objetivo o el subjetivo. Los excesos además, no pueden en caso alguno organizarse como una de causa de justificación (v.gr., violencia del funcionario) y devienen en antijurídico por atacar los derechos humanos y el orden jurídico liberal democrático de Derecho.

En un Estado liberal y democrático de Derecho no puede admitirse actos *pro magistratu* excesivos, esto es, los actos realizados con la pretensión de auxiliar a la administración de justicia traspasando los límites que sugiere la finalidad perseguida.

b. Ejercicio legítimo de un derecho

Es pleonástica la expresión, pues el ejercicio de un derecho es legítimo por definición y se comprende dentro de ella la totalidad de derechos civiles y constitucionales.

Se refiere el punto a la situación de quien obra *secundum ius*. El padre que ejerce el «derecho de corrección paterno filial» o el «derecho de corrección militar» o el uso de la fuerza pública competente para reestablecer el orden aun usando armas de fuego que la situación sugiere[1022], aunque siempre dentro del marco constitucional.

El elemento subjetivo de quien actúa ejerciendo un derecho debe ser precisamente ese –ánimo o voluntad de cumplir un deber–[1023]. El exceso no da lugar a causa de justificación.

El derecho de retención se comprende como causa de justificación[1024].

[1022] JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La antijuridicidad*, Porrúa, México, 1992, pp. 201-202.

[1023] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 55.

[1024] El artículo 1123º del Código Civil consagra el derecho de retención del acreedor frente a su deudor, para garantizar su crédito.

c. *Ejercicio de un oficio o cargo*

El ejercer un oficio o profesión, cuando se tiene el título, faculta a su titular ejecutar las tareas correspondientes a dicho oficio o profesión.

El abogado, médico, periodista o ingeniero, con ocasión de ejercer sus profesiones, pueden afectar bienes realizando objetivamente los tipos penales destinados a tutelarlos. Si bien el tipo no se realiza a cabalidad por faltar el elemento subjetivo, el suyo es un caso justificado a condición que: a) la profesión u oficio sean lícitos; b) que la actuación no rebase la *lex artis* y c) que el propósito de la intervención se refiera a uno de su profesión u oficio.

Así las cosas, el médico deberá orientar su quehacer a curar, el abogado a coordinar con la norma, etc. Cuando el médico cura puede lesionar a la víctima[1025]; cuando el abogado alega podría afectar el buen nombre de la parte contraria. Aquí aparte del criterio objetivo de imputación –disminución del riesgo–, el comportamiento está justificado, sin perjuicio de lo que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Respecto del periodismo, baste decir que el derecho de información está expresamente garantizado por el artículo 19º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde el 10 de diciembre de 1948, que lo aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El derecho a informar no deberá sin embargo, transgredir el derecho a la honra, y la intimidad de las personas, aunque piensa Berdugo en la posible oposición honor-libertad de expresión, pueda ser resuelta en favor de la libertad de expresión en aquellos casos en que la misma aparezca vinculada al principio democrático[1026], ello no es así tratándose del orden jurídico peruano que privilegia el honor[1027].

[1025] Carl Stoos planteó que en el supuesto mencionado, la conducta del médico es atípica (STOOS, Carl, citado por REYES ECHANDÍA, *Antijuridicidad*, cit., p. 232).

[1026] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 80.

[1027] VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial I-B. Delitos contra el honor, la familia y la libertad*, San Marcos, Lima, 1998, pp. 32 y 55.

El ejercicio del cargo, está referido al cargo público o ciertos cargos privados que emergen de reconocimiento oficial (capitán de buque mercante privado). El cargo público apareja actuar de determinada forma –detención, entrada y registro domiciliario– que implica el uso de la fuerza[1028]. La policía, jueces, fiscales, funcionarios de prisiones, así como sus subordinados están facultados a adoptar medidas coercitivas[1029] y lesivas de bienes jurídicos ajenos, pero con arreglo a ley y sin excesos, lo mismo que en estado de competencia funcional y con el móvil correspondiente al ejercicio del cargo.

4. Obediencia debida justificante

Conocida también como obediencia jerárquica, la obediencia debida está prevista como eximente de responsabilidad en el inciso 9 del artículo 20º del Código Penal, para la hipótesis de quien «obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones». Se trata como vemos, de una nítida causa de justificación.

En efecto, en cuanto a su naturaleza jurídica, el hecho de que la previsión lo sea para el que esté obligado a obedecer, ya nos estaría informando que antes que una causa de inculpabilidad lo sería de justificación, tanto más que la sola redacción elegida por el legislador peruano –el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones– es suficientemente elocuente al respecto.

La configuración de la eximente nos obliga a admitir que la orden impartida es legítima (por ello es obligatoria y la autoridad además de competente para expedirla, lo hizo en el ejercicio de sus atribuciones).

Sin embargo, de lo que precede, el hecho de que el engaste de esta previsión aluda a una eximente de responsabilidad, nos lleva a pensar que existen órdenes obligatorias antijurídicas lo que da lugar a una contradicción, a saber: que la orden es obligatoria, es decir,

---

[1028] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 381.

[1029] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 483.

generadora de una «obediencia debida» y al propio tiempo, es delictiva en tanto contraria al orden jurídico.

Tal como ha redactado el legislador peruano la eximente, estaría para «el que actúa en cumplimiento de un deber jurídicamente fundado de obedecer a otra persona»[1030] lo que releva su carácter justificante, y elimina toda posible valoración por parte de jueces y tribunales para la eventualidad de que la eximente en algún caso, opere como exculpante.

El asunto se complica tratándose de órdenes antijurídicas obligatorias pues su índole se orienta a realizar un tipo penal cumpliéndose, además, con todos los caracteres integrantes del delito.

Nuestra ley, a tenor de su texto, no admite como eximente el cumplimiento de órdenes antijurídicas obligatorias lo que reafirma su carácter de causa justificante.

De manera distinta piensa Peña Cabrera, quien adhiere la tesis según la cual la obediencia debida «es una causa de inculpabilidad, dado que en esta dirección se garantiza mejor el principio de legalidad y la admisión de la legítima defensa y la responsabilidad penal de los partícipes a nivel del subordinado»[1031].

Quintero Olivares, comentando el Código Penal español derogado, dice que, «la obediencia debida sirve para resolver todos aquellos casos que no son ni ejercicio lícito de derecho, oficio o cargo, ni el ordenado se encuentre en estado de necesidad, ni siente miedo de sustraerse al cumplimiento»[1032].

5. El consentimiento

El artículo 20º, inciso 10 del Código Penal, exime de responsabilidad penal a quien actúa con el consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición.

[1030] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 521.

[1031] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 452.

[1032] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, citado por COBO DEL ROSAL, *Comentarios a la legislación penal*, cit., p. 539.

Se corresponde la tesis con la del Estado liberal y democrático de Derecho que defendemos.

Hay delitos cuya lesividad consiste en violentar la voluntad de la víctima, que de consentir anula la lesividad (y con ella la tipicidad). No puede haber secuestro si la víctima consciente, ni detención arbitraria. Se trata de un 'acuerdo' (*Einvertändnis*), conforme la doctrina alemana que inspira al Derecho peruano.

Hay otros delitos también que atacan bienes jurídicos del que puede válidamente disponer su titular, quien al consentir, no hace desaparecer la lesión material a estos. Ejemplo: la intervención quirúrgica del médico, pero que enerva el delito, por el «consentimiento propiamente dicho» (*Einwilligung*).

Para el primer grupo (acuerdo), ni tan siquiera habría tipicidad[1033]. Para el segundo (consentimiento propio), habría causa de justificación[1034].

El consentimiento propiamente dicho no cuestiona la tipicidad[1035], pero sí excluye la antijuridicidad por haberse dirigido el ataque contra un bien jurídico protegido –pero lesionado– de libre disposición por parte del titular. Tal es el caso de las injurias.

Es obvio que «quien consiente debe estar enteramente legitimado para disponer del bien y obrar con capacidad de entendimiento y de discreción»[1036].

a. Naturaleza jurídica

Es propuesta de la doctrina común que quien consiente «renuncia a la protección penal[1037] o ausencia de interés»[1038] lo que supone implí-

---

[1033] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 81.

[1034] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 512.

[1035] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 84.

[1036] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 527.

[1037] Ibídem, p. 524.

[1038] MEZGER, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 413.

citamente que la lesión se agota en la sola corporeidad de dicho bien jurídico sin tomar en cuenta para nada el entorno de relaciones[1039].

El criterio más interesante es el de «la ponderación de bienes» de modo que «el valor de la libertad de disposición del individuo sobre sus bienes jurídicos, debe ser, en ciertas circunstancias, suficientemente grande como para doblegar al disvalor del hecho cometido con consentimiento»[1040].

Jescheck es del criterio que la índole jurídica del consentimiento hay que hallarla en el contexto político-criminal, es decir, de cara al interés social en conservar los bienes jurídicos[1041].

b. Ámbito de aplicación

En el Derecho peruano, conforme la fórmula del inciso 10 del artículo 20º del Código Penal, el ámbito de aplicación del consentimiento como causa de justificación, es amplio con la sola limitación de versar sobre bienes de libre disposición. Tal es el caso de los bienes patrimoniales.

No se comprende en el ámbito los bienes universales, que afecta a la colectividad (seguridad en el tránsito rodado, administración de justicia). Tal el caso del consentimiento que pudiera prestar la autoridad.

No son bienes de libre disposición la vida humana, aunque el punto no ha sido resuelto aún, pues a tenor de la ponderación de interés, la vida humana digna y el derecho a morir en ciertos casos, es mayor que la vida humana indigna[1042].

El Código Penal peruano, en su artículo 112º, ha tipificado el homicidio piadoso.

[1039] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 126.

[1040] Loc. cit.

[1041] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 516.

[1042] Cfr. VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial I-A. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, San Marcos, Lima, 1997, p. 55.

Habría disponibilidad de mediar consentimiento, causa de justificación en los delitos contra el honor, patrimonio y hasta la integridad corporal (tal es el caso de la operación transexual, o esterilizaciones voluntarias, transplante de órganos, etc.).

c. *Requisitos del consentimiento*

El consentimiento como causa de justificación debe reunir ciertos requisitos, aunque sin la formalidad y estrictez que el Derecho civil exige para la celebración de los negocios jurídicos.

Es suficiente con:

a. Capacidad natural de discernimiento, que le permita al otorgante entender el alcance de este. En algunos delitos sin embargo, el requisito de la edad es fundamental para validar el consentimiento. Tal es el caso de la violación de menores a que se contrae el artículo 173º del Código Penal (no vale el consentimiento de la menor de 14 años de edad) o artículo 176º, que pune el atentado contra el pudor de menores de 14 años de edad.

b. Exteriorización del consentimiento por cualquier medio.

c. El consentimiento debe ser previo.

d. No se exige que el agente conozca el consentimiento.

e. La coacción excluye el consentimiento. No así el error o el engaño salvo que afecten la calidad y cantidad de la injerencia consentida[1043].

d. *El consentimiento presunto*

Estando el titular ausente o inconsciente no puede prestar su consentimiento, pero un tercero actúa en la seguridad que de estar el afectado en condiciones lo haría. A esto se le llama consentimiento presunto y el ejemplo adecuado es el del médico que interviene a un paciente inconsciente.

[1043] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 521.

El juicio del interviniente es probabilístico y debe fundarse en la experiencia lo mismo que de colocarse en una perspectiva *ex ante.*

Capítulo XIX
LA CULPABILIDAD

SUMARIO: I. Generalidades. 1. Teorías: evolución histórico-dogmática. a. Teoría psicológica. b. Teoría psicológico-normativa. c. Teoría normativo-finalista. 2. Culpabilidad: tendencias actuales. 3. El concepto genérico de culpabilidad en la ley. 4. Culpabilidad y Derecho penal. **II.** La imputabilidad: concepto general. 1. Causas de inimputabilidad. 2. La minoría de edad. 3. La anomalía psíquica. 4. Transtornos mentales y conductuales que aparejan inimputabilidad absoluta. a. Psicosis orgánicas. a.1. Psicosis senil. a.2. Psicosis presenil. a.3. Psicosis alcohólica. a.4. Psicosis tóxica. b. Otras psicosis. b.1. Psicosis esquizofrénica. b.2. Psicosis maníaco-depresiva o afectiva o bipolar. b.3. Psicosis paranoide. c. Retraso mental. c.1. Retraso mental de grado no especificado. c.2. Retraso mental profundo. 5. La grave alteración de la conciencia. a. Trastorno mental transitorio. b. La *actio liberae in causa*. 6. La grave alteración de la percepción. a. Naturaleza bipolar de la percepción. b. Marco de referencia. c. El grado de estructuración del estímulo es importante condicionante. 7. La psicopatía como eventual causa de inimputabilidad: posición del autor. 8. La inimputabilidad en la legislación peruana. 9. La inimputabilidad en el Derecho comparado. **III.** El conocimiento de la antijuridicidad. 1. Error de prohibición. a. Modalidades del error de prohibición. a.1. Error sobre la existencia de la norma. a.2. Error sobre la eficacia de la norma. b. Error de prohibición en la doctrina. 2. El error de comprensión culturalmente condicionado. **IV.** La no exigibilidad de la conducta. 1. Causas específicas de inexigibilidad. a. El estado de necesidad disculpante. b. Auxilio necesario. c. Fuerza física irresistible. d. Miedo insuperable. e. Obediencia jerárquica disculpante. f. Consentimiento disculpante. 2. Particularidad de la exigibilidad en el delito imprudente.

I. GENERALIDADES

El estudio de la culpabilidad para el caso concreto nos informará de tres hechos:

- Que el autor del injusto se encontraba en capacidad psicológica suficiente (media) de comportarse y motivarse por la norma.
- Que el autor conocía la antijuridicidad del acto por él protagonizado.
- Que el actor se encuentra en condiciones psicofísicas, morales y circunstanciales de actuar de manera diferente a como lo hizo por serle exigible.

De lo precedente tenemos que tres son los elementos fundamentales de la culpabilidad:

a. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.
b. Conocimiento de la antijuridicidad.
c. La exigibilidad del comportamiento.

Para el primero, la conducta protagonizada –típica y antijurídica– puede entonces no resultar punible cuando su titular adolezca de alguna (y severa se entiende) perturbación psicológica o psiquiátrica que le impida comprender el injusto de su conducta o entendiendo el carácter injusto (típica y antijurídica) de la misma, no puede inhibirse como lo ordena la norma.

Para el segundo, el autor no puede ser reprochado (culpado) cuando desconoce inevitablemente la prohibición contenida en la norma, creyendo por «error de prohibición» obrar autorizado y lícitamente. Tal hipótesis se da, v. gr., cuando por ser extranjero se cree equivocadamente que un acto es permitido al igual que en su país de origen, o cuando además de la naturaleza compleja de la norma, recibe información equivocada de su abogado.

Para el tercero, la de no exigibilidad de otra conducta, la ocurrencia puede consistir en la *tabula uniux capax* por medio del cual un náufrago asido en altamar a la tabla de salvación, se deshace de su compañero de infortunio asido a la misma tabla, para salvar su propia vida. O como cuando en el incendio de un edificio un morador del mismo arroja al vacío a otro morador que se sujeta aterrorizado a

la escalera de salvamento impidiendo todo tránsito, causándole la muerte. En tal caso, la conducta es típica, pues realiza el tipo penal del homicidio ya que el acto de matar en la forma descrita lo prevé la ley penal; es antijurídica pues no la ampara la legítima defensa al no haber mediado de parte de la víctima –el aterrorizado morador sujeto a la escalera de salvamento–, ataque o agresión alguna y finalmente, no estamos frente a un estado de necesidad justificante, pues la vida de ambos infortunados moradores del edificio incendiado tienen igual valor. El legislador desaprueba su conducta como injusto penal, pero, a pesar de ello, renuncia a formularle un reproche de culpabilidad, porque el Estado requiere de los ciudadanos un comportamiento conforme a derecho en los casos normales, pero no puede exigir comportamientos heroicos en situaciones excepcionales, y un castigo en tales casos tendría poco sentido[1044]. El contexto bajo comento es uno disculpante, por cuanto no se puede exigir obediencia a la norma.

Es complejo el tema de la culpabilidad ya que desde el vocablo se suscitan una muy variada gama de significaciones según las diversas disciplinas que de él hagan uso.

En el Derecho su significación varía según se hable de postulado o principios garantistas del Derecho penal general –*nulla poena sine culpa*– o de una declaración judicial derivada del debido proceso.

Para Reyes Echandía, siguiendo a Antolisei, la culpabilidad la define «como la actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente»[1045].

Luis Jiménez de Asúa (1976), desde una posición neocausalista, define la culpabilidad como «el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era

---

[1044] ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, cit., p. 39.

[1045] REYES ECHANDÍA, *Antijuridicidad*, cit., p. 206.

conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas»[1046].

José María Rodríguez Devesa (1992), define la culpabilidad diciendo que «actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico puede proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica»[1047].

1. Teorías: evolución histórico-dogmática

El tema de la culpabilidad ha sido y sigue siendo contencioso. No hay acuerdo sobre su naturaleza jurídica y son diversos los intentos por desentrañar su índole.

Desde los remotos tiempos de un sistema punitivo basado exclusivamente en el resultado dañoso (sin culpa), pasando por su tratamiento inicial como categoría del delito en Pufendorf en el s. XVII, inspirador de Feuerbach para cuando del entendimiento de la justificación subjetiva de la pena se trata, y pasando asimismo por los positivistas negadores de la culpabilidad (Ferri, Florian y hasta Beccaria) para quienes faltando libertad carece de objeto hablar de culpabilidad, pues como dice Maggiore de ellos: «La función penal se resuelve en un mecanismo de defensa, donde la pena tiene oficio exclusivamente preventivo, el delincuente es un anormal psíquico, la libertad moral se esfuma en el mito [...] no se puede hablar de Derecho penal sino únicamente de antropología, de criminología, de sociología criminal, como hicieron los primeros y más auténticos positivistas»[1048], hasta más adelante en que «el positivismo normativista que introdujo con precisión la categoría de la culpabilidad en la sistemática jurídico-penal, con Merkel [...] (y) finalmente, Binding sería el primer expositor en utilizar el concepto de culpabilidad dentro de un sistema penal cerrado»[1049].

[1046] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. IV, p. 92.

[1047] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 432.

[1048] MAGGIORE, Giuseppe, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. V, p. 128.

[1049] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 481.

Todos estos momentos en el afronte de la culpabilidad conducen a tres constructos teóricos: la teoría psicológica, la teoría psicológico-normativa y la teoría normativa-finalista.

a. Teoría psicológica

El máximo representante de esta teoría es el alemán Franz von Liszt quien, influenciado por el positivismo italiano, desarrolló 'la culpabilidad del carácter', donde se ubica el concepto de culpabilidad cerca al de peligrosidad, deteniéndose en la personalidad del autor con todos sus atributos biosociológicos.

La tesis de la culpabilidad del carácter como todas aquellas vinculadas[1050] plantea que «en vez de partir del acto para el reproche en que la culpabilidad consiste, hay que partir de la personalidad del agente. Es decir, que el carácter del culpable se generaliza a todo el juicio y se personaliza en él la culpabilidad»[1051].

Conforme evoluciona en su pensamiento, el profesor de Berlín, pasó de un psicologismo puro de la primera edición de su *Lehrbuch*, a la responsabilidad por el resultado sobrevenido de su cuarta edición.

El punto central de la teoría psicológica de la culpabilidad «es la relación puramente psicológica entre el agente y el resultado de su conducta»[1052].

Se trata con este modelo de una descripción entre el psiquismo del autor y el resultado querido que produce su conducta. No hay en la categoría, nada normativo ni valorativo.

El punto de partida psicológico de la culpabilidad «surgió como consecuencia de la consideración naturalística, pero también del afán, orientado al Derecho público, de expulsar valoraciones imprecisas

---

[1050] Por ejemplo, la postura que defiende los conceptos de «tipo de autor» o «culpabilidad de autor» de evidente factura nazi, representada por Siegest, Dahm, Schaffstein (nota del autor).

[1051] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. V, p. 135.

[1052] REYES ECHANDÍA, *Antijuridicidad*, cit., p. 204.

fuera del concepto de culpabilidad y de sujetar la culpabilidad a datos verificables con seguridad»[1053].

A esta teoría se le acusó de no resolver el problema de la culpa inconsciente, ni resuelve cabalmente el de la imputabilidad como el caso del enajenado mental, o del menor de edad que actúan de modo que es posible relacionarlos psicológicamente con el resultado de su conducta, lo que ha hecho decir a los seguidores de esta teoría que la inimputabilidad causa exclusión de pena, dejando incólume el delito como tal.

b. Teoría psicológico-normativa

Esta teoría es gestada por E. von Beling; en este sistema se plantea un puente entre la concepción psicológica y la normativa ya que «después de postular la culpabilidad como parte del tipo subjetivo, la entiende como un reproche que se formula a alguien por no haber actuado de otro modo»[1054].

Es con Reinhard Frank (1907) que la teoría se desarrolla, ya que con el concepto de culpabilidad se comprende el dolo y la culpa además de la imputabilidad uniendo todo esto al criterio de la reprochabilidad en función de las circunstancias concretas en que actuó el agente, ya que una conducta dolosa o imprudente puede ser disculpada, si siendo antijurídica concurren con ella causas de exculpación, lo que da lugar a que el mismo Frank dijera: «Y es que si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia, y si estos consisten solo en la realización consciente o descuidada del resultado, no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante)»[1055].

A Frank se le une Hegler (1915) con la teoría primigenia del dominio del hecho, como base de la reprochabilidad. «Este domi-

---

[1053] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., pp. 568-569.

[1054] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 484.

[1055] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 569.

nio, en realidad conocimiento o cognoscibilidad del injusto material, unido a la imputabilidad y a la falta de causa de exculpación, será presupuesto necesario de la pena, porque la imposición del mal que la pena supone, como tal mal, solo aparece justificada frente a aquel que ha dominado por entero su hecho socialmente dañoso»[1056].

Alimenta la concepción psicológico-normativa, el aporte de Goldschmidt con el tema de los excluyentes de culpabilidad, al analizar el estado de necesidad. «La culpabilidad es concebida como puro juicio de reproche compuesto por la exigibilidad (deber de motivarse de conformidad con la representación del deber, indicado en la norma de derecho), y por la no motivación del sujeto acorde con la representación del deber jurídico, pasando a ser la imputabilidad, el dolo, la culpa y la motivación normal, meros presupuestos de ella»[1057]. Goldschmidt sitúa al lado de los elementos psíquicos de dolo e imprudencia, la categoría «contrariedad al deber», elemento puramente normativo.

El desarrollo posterior de esta teoría mixta la ofrece Mezger para quien «actúa culpablemente aquel cuya acción jurídicamente reprobable, es expresión de su personalidad»[1058].

Para Mezger, culpabilidad «es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica»[1059].

c. Teoría normativo-finalista

Esta deriva de la teoría psicológico-normativa y aporta un desarrollo superior del concepto normativo de la culpabilidad, haciendo una reformulación de este concepto, merced al aporte de Paul Merkel

---

[1056] HEGLER, August, en: *ZStW* 36 (1915), p. 19, citado por JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 570.

[1057] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 485.

[1058] MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 486.

[1059] Loc. cit.

(1922) y a su discípulo Berg (1927), quienes «demostraron cómo el dolo y la culpa no eran formas de culpabilidad, entendida esta como juicio de reproche, afirmando que la estructura de dicha categoría era igual tanto para los hechos dolosos como los culposos concebidos como formas de acción»[1060].

En la Alemania de la década de los años treinta, la culpabilidad fue reducida a la infracción de los sanos sentimientos del pueblo. Jugaron papel importante los teóricos nazis del Derecho penal; entre ellos H. von Weber (1935), Schaffstein y Dahm.

Graf zu Dohna plantea que la culpabilidad, en esencia, contiene la voluntad contraria a la ley, pues «la idea de exigibilidad y de la contrariedad al deber son idénticas en el sentido que la infracción a las normas de derecho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser exigible un actuar de acuerdo a la norma»[1061].

Es con Hans Welzel que la teoría normativo-finalista de la culpabilidad (en la teoría final de acción) alcanza su máximo desarrollo, pues el constructor de la teoría final de la acción excluye de la culpabilidad al dolo, lo mismo que la imprudencia, asignándoles un lugar en el injusto.

La concepción de Welzel parte de reconocer que el hombre es libre y dice que «el hombre por su amplia libertad respecto de los instintos [...] y en contraste fundamental con el animal, se caracteriza negativamente por una amplia libertad respecto de las formas innatas e instintivas de la conducta y positivamente, por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes [...] solo el hombre tiene el privilegio, como persona, entre todos los seres vivientes de atentar por medio de su voluntad contra el círculo de la necesidad, que es indestructible para los simples seres naturales»[1062].

[1060] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 487.

[1061] GRAF ZU DOHNA, Alexander, citado por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 487.

[1062] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., pp. 171 y 172.

Conviene Welzel que la culpabilidad es un juicio de reproche que se hace al autor que, debidamente motivado por la norma, obra en contra de lo que ella ordena.

Como quiera que es propio de la conducta humana su orientación en determinado sentido, es decir, el que esta conducta persiga una finalidad, el quebranto de las normas se hace reprochable en la misma medida en que pudo esa conducta motivarse con arreglo a dichas normas. «La culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido que no omitió la acción antijurídica cuando podía omitirla»[1063].

Por lo dicho, el reproche solo cabe si el autor es capaz de ser motivado por la norma, dada su salud y madurez mental y si, además, conoce el contenido prohibitivo de la norma.

Debe añadirse que el reproche al capaz (imputable), conocedor de la antijuridicidad de su obra, solo es posible en tanto le sea exigible la conducta arreglada a la norma.

2. Culpabilidad: tendencias actuales

El estado actual del tema nos lleva a aceptar entonces –y a partir de Welzel–, la libertad presunta con la que actúa normalmente el hombre medio y en tal virtud este es el presupuesto operacional de la culpabilidad del que debemos partir para evadir el criterio metafísico que de momento no conduce a nada por ser empíricamente inmanejable. Este criterio operacional es el 'normativo'.

«La doctrina aún hoy dominante fundamenta por ello el criterio de la culpabilidad no ontológicamente, sino de modo normativo: la idea de libertad individual y de la responsabilidad del hombre adulto con capacidad mental normal es indudable realidad en nuestra conciencia social y moral»[1064].

[1063] Ibídem, p. 166.

[1064] PERRON, Walter, «Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad», en: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Nºs 54-55, UNMSM, Lima, 1995.

Por su parte, Stratenwerth nos dice que «el juicio de disvalor implicado en la pena solo puede pronunciarse cuando además es posible formular un reproche al autor, en el sentido de que en el momento del hecho ha tenido la posibilidad de determinarse de otra manera»[1065].

Sin embargo, no es pacífica la propuesta de entender la culpabilidad como el poder actuar de manera distinta a como lo hizo el autor y aceptar que el reproche se fundamenta en que el autor, pudiendo, contrarió la norma («poder en lugar de ello», decía Welzel[1066]). Se critica esta posición en el hecho de la indemostrabilidad de la libre autodeterminación del autor en el caso concreto y se afirma además que, siguiendo esta lógica, se construye un integrado conformado por la culpabilidad del hecho y la culpabilidad por el carácter o de disposición.

Se afirma, asimismo, que «el poder actuar de manera distinta obliga investigar el ánimo jurídicamente desaprobado» o mejor: «culpabilidad es reprochabilidad del acto en atención al ánimo jurídicamente desaprobado que se realiza en él»[1067], con lo que en círculo, se regresaría a la tesis del «poder en lugar de ello».

Por otro lado, se quiere afirmar la tesis del «poder actuar de manera diferente» en la «responsabilidad del autor por su propio carácter» y así imputarle subjetivamente el acto, y reprochárselo deterministamente en función de sus propias cualidades personales: «por ser así».

Los criterios preventivo-generales buscan reemplazar la categoría de la culpabilidad por la de «fidelidad al derecho»[1068] con lo que se provoca a los conceptualizadores, que defendiendo la tesis del hombre como fin en sí mismo recusan su instrumentalización en aras de criterios pragmáticos.

En el extremo crítico de todas estas elaboraciones aparecen los abolicionistas planteando la supresión de la culpabilidad como cate-

---

[1065] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 162.

[1066] WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., p. 2.

[1067] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 489.

[1068] Ibídem, p. 490.

goría del delito y su reemplazo por instrumentos métricos que establezcan la proporcionalidad entre los fines preventivos de la pena y el carácter que debe tener la misma en relación al autor (Ellscheid, Hassemer, 1975).

Creemos, sin embargo que el estado actual de lo relativo a la teoría del delito no permite entender a este con la culpabilidad eyectada, como no permite usar la culpabilidad de taburete para proponer con Gimbernat reemplazarla por el concepto de necesidad de la pena. Es particularmente curiosa la tesis de Gimbernat, si se tiene en consideración que su maestro Henkel dijo que «algunos elementos relevantes para el juicio de culpabilidad son susceptibles de comprobación»[1069].

Desde una perspectiva marxista –muy respetable–, el profesor Bustos plantea que la culpabilidad es una cuestión de responsabilidad histórico-social y no reprocha, a quien pudiendo actuar conforme al derecho vigente, lo hace de modo distinto. Es obvio que no compartimos este criterio, pues entendida así la culpabilidad regresamos al concepto *ius natural* de la conciencia disidente que camina junto al de la corresponsabilidad social[1070].

La cuestión es que la culpabilidad, tal y conforme se la entiende a la fecha, se configura sobre la aceptación a priori de la libertad volitiva del autor y sobre las necesidades sociales de la pena pues siguiendo a Jakobs, ya no se trata de un reproche ético individual orientado a la capacidad personal del autor, sino una «imputación externa de responsabilidad orientada a las necesidades sociales»[1071].

La culpabilidad en este contexto resulta funcional respecto del sistema social. Dicho de otra forma, el concepto de culpabilidad por

---

[1069] HENKEL, Heinrich, «Die selbstbestimmung des menschen als rechtsphilosophisches problem», citado por CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 39.

[1070] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, Ara, Lima, 2004, T. I, p. 1101.

[1071] PERRON, «Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad», cit., p. 109.

contener una medida de reproche social, sirve para aquilatar la mayor o menor motivación contra derecho, que orientó el injusto.

Nos dice Jakobs (1995) que la misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor con motivo del conflicto[1072]. El castigo debe ser entonces la contingencia social al déficit individual de motivación jurídica en orden a un fin preventivo general. Agrega que «se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma. Con arreglo a este fin de la pena, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente»[1073].

Desde esta perspectiva, la culpabilidad resulta socialmente reguladora y funcional al sistema social.

Al respecto, concluye Jakobs que «el concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación»[1074].

La culpabilidad, en Jakobs, se presenta como condición indispensable en la imposición de toda pena en la medida en que esta pueda ser explicada y justificada con arreglo a necesidades de carácter preventivo, de tal forma que una y otra se limitan mutuamente y juntas conforman la responsabilidad personal y jurídica del autor[1075].

3. El concepto genérico de culpabilidad en la ley

El Código Penal peruano de 1991 omite, por la influencia de la dogmática alemana y española, así como su movimiento de reforma, el vocablo «culpabilidad» por suponerse más manejable y de mayor

---

[1072] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 579.

[1073] Loc. cit.

[1074] Loc. cit.

[1075] BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España», en: *Nuevo Foro Penal*, Nº 59, Bogotá, 1993, p. 39.

contenido concreto el término «responsabilidad». Estamos en materia legislativa frente a un *by-pass* en tanto se espera la reelaboración del concepto de «culpabilidad», con lo que ello trae de desconcierto para usuarios y destinatarios de la norma.

En los proyectos del Código Penal peruano de septiembre y octubre de 1984, así como de 1985 y 1986, se emplea el vocablo «culpabilidad». Es a partir de los proyectos de 1990 y 1991, este último convertido en el nuevo código, que se sustituye el vocablo «culpabilidad» por el de «responsabilidad» –causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal–. El artículo 52º del Proyecto de 1990, reproducido luego en el código vigente en su artículo 46º, dice que «para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y la gravedad del hecho punible», fórmula diferente de la contenida en el Código Maúrtua derogado, artículo 51º y del citado Proyecto de 1984, artículo 39º, en los que se alude a la «culpabilidad» y peligrosidad del agente, para el mismo supuesto.

Otro tanto ocurre con las formulaciones contenidas en los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal vigente en los que se menciona que «la pena requiere de la responsabilidad penal del autor» y «la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho».

En el artículo 14º del Código Penal vigente, que consagra el error de tipo y el error de prohibición, se emplea igualmente el vocablo «responsabilidad»; lo mismo ocurre en el artículo 15º, que contiene la figura del error de comprensión culturalmente condicionado.

El problema de esta sustitución de significantes es que no se corresponde en todos los casos con los significados. En efecto, ¿cuál es el sentido del vocablo responsabilidad en la hipótesis de la «defensa necesaria» (causa de justificación y no causa de inculpabilidad) si se toma en cuenta que este instituto lo contiene el artículo 20º del Código Penal vigente relativo a las «eximentes de responsabilidad»?

Por lo tanto, no se asimila este significante «responsabilidad» al empleado en el artículo 46º del código bajo comento, de más restringido alcance pues como bien dice Hurtado Pozo sobre el punto «en el sentido restringido se trataría solo de una de los presupuestos de esa responsabilidad: presupuesto que, hasta ahora, había sido deno-

minado 'culpabilidad'. En un sentido amplio, se trataría de «la declaración de responsabilidad del agente por haber realizado todos los elementos del delito»[1076].

La cosa resulta igualmente desconcertante cuando el legislador consagra en el artículo 45º, inciso 1 del Código Penal el principio de la coculpabilidad[1077] social en la comisión delictiva y al hacerlo no precisa o no discierne que una cosa es la «responsabilidad» (culpabilidad en sentido estricto), lo mismo que la gravedad del hecho para la individualización de la pena en el caso concreto (artículo 46º del CP) que comporta la idea de cuantía de la punición y otra cuestión diferente y constitutiva de material político-criminal, es la necesidad y hasta la legitimidad de la pena o medida del reproche (artículo 45º del CP).

La influencia alemana dice lo suyo en esta materia, pues la tesis de Roxin –por mencionar a uno de sus más preclaros publicistas– plantea que la categoría «culpabilidad» contiene *per se* consideraciones político-criminales concernientes a la finalidad de la pena y a su necesidad individual y social. Roxin prefiere hablar de responsabilidad pues el autor del ilícito debe responder de su acto.

Para comprender en el caso peruano el sentido del concepto de culpabilidad, metamorfoseado por el de 'responsabilidad', es necesario recurrir a la legislación alemana en que se inspira, analizando el parágrafo 46 I del Código Penal alemán en el que se dice que «la culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Las consecuencias de la pena en la vida futura del autor en la sociedad también deben tenerse en cuenta»[1078]. Stratenwerth concluye que la medida de la pena debe tomar en cuenta «los motivos y

---

[1076] HURTADO POZO, José. «Responsabilidad y culpabilidad: Reflexión sobre la dogmática penal», en *Anuario de Derecho Penal*, PUCP, Lima, 1993, p. 53.

[1077] Es por todos sabido que el Código Penal peruano de 1991, es la conversión del proyecto del mismo año, sin embargo la exposición de motivos que se publica es la del proyecto de 1990 en donde se alude al principio de coculpabilidad (cfr. *El Peruano* del 17 de julio de 1990, p. 12 y *El Peruano*, edición especial de abril de 1991, p. 9).

[1078] STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, trad. Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 43.

la finalidad del autor, la actitud exteriorizada en el hecho y la voluntad en él empleada, la gravedad de la violación del deber, la forma de ejecución y las consecuencias del hecho culpablemente provocadas, la vida del autor anterior al hecho, sus vínculos personales y su situación económica, así como su comportamiento posterior al hecho y, en especial su esfuerzo por reparar el daño»[1079].

Surge de todo esto que tres son las notas distintivas del concepto de culpabilidad contenido en el párrafo germano:

1. No se trata de una culpabilidad del autor ni de disposición o de carácter sino de fundamento preventivo especial. No se trata más ampliamente, de una culpabilidad de autor.
2. No se trata de una culpabilidad de «predisposición» o de una «culpabilidad por la conducción de la vida», ya que «culpabilidad por la conducción de la vida quiere significar no solamente, como es sabido, la disposición al delito sino probablemente también la posibilidad de reprochar esta disposición»[1080].
3. El concepto de culpabilidad entonces, contenido en el parágrafo 46 I del Código alemán, es el de 'culpabilidad por el hecho' y conforme con ello «la circunstancia a la que en primer lugar se refiere la individualización de la pena es el hecho mismo y su contenido de injusto y de culpabilidad»[1081] lo que supone desde luego tomar en cuenta la personalidad del autor[1082].

Nos dice Stratenwerth, analizando el párrafo bajo estudio que, «en la determinación de la culpabilidad por el hecho debe tomarse en cuenta la personalidad del autor de la manera más completa posible, aunque siempre solo en la medida en que ella aparezca expresado en el hecho punible, es decir, en la medida en que la procedencia, el desarrollo, el medio circundante, y la tendencia del autor, su carácter y

---

[1079] Loc. cit.

[1080] STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, cit., p. 47.

[1081] Ibídem, p. 48.

[1082] Loc. cit.

su conducción de la vida permitan decidir consecuencias en lo que respecta a la medida de reprochabilidad del hecho mismo»[1083].

Nos es ahora fácil concluir que el legislador peruano, inspirado en la dogmática alemana, le ha dado un contenido preciso al significado culpabilidad y este tiene que ver con el de una culpabilidad por el hecho conforme el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal que dice de la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

El sentido de los artículos 45º y 46º del código que atienden a la coculpabilidad social y a la individualización de la pena para el caso concreto, aportan en el mismo sentido.

4. Culpabilidad y Derecho penal

El Derecho penal tiene que vincularse necesariamente con la realidad que pretende regular, de lo contrario hablaríamos de una rama del saber filosófico y no del Derecho penal propiamente dicho. El Derecho penal es una disciplina político-social y al propio tiempo un instrumento práctico de control social.

Este carácter relacional que tiene el Derecho penal con la realidad potencia la culpabilidad como uno de sus fundamentales tópicos pues ella da cuenta del comportamiento humano como cuando se está ante el error de tipo, error de prohibición o el culturalmente condicionado; porque la culpabilidad da cuenta del comportamiento frente a hipótesis de inexigibilidad; y porque finalmente estamos frente a un comportamiento humano, clave para la culpabilidad como elemento del delito, cuando el ilícito fue protagonizado por un enfermo mental.

La tesis de la culpabilidad 'por el hecho concreto', que adoptan la dogmática y la legislación alemana y peruana, no podría explicarse al margen del entorno social en que se aprecia y valora el ilícito, ni al margen de la personalidad del autor expresada en dicho ilícito, como ya se ha anotado.

[1083] STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, cit., p. 48.

El ilícito, aunque sea una creación legislativa, no es un problema exclusivo y excluyentemente jurídico como pretenden los alemanes; ya Richard Schmid, calificó de funesta esta pretensión[1084] y advierte contra un Derecho penal diletante que podría resultar ineficaz para el estudio y control del delito en la misma medida en que se aleja de la realidad.

No se pierda de vista lo que dice Zipf cuando afirma que «la culpabilidad no es exactamente, una magnitud constante, independientemente del tiempo, sino un proceso de valoración dinámica y sociocultural de la comunidad»[1085].

A su turno, Nedelmann señala que la dogmática dominante «se aferra a la pura teoría, dirigiéndose contra toda ciencia que no esté basada en ella, [...] rechazan la psicología, con la misma decisión con que descuida la criminología que, casi siempre, se halla en sus manos; [...] es preciso que la ciencia del Derecho penal haga saltar su irracionalidad parcial y se convierta en una ciencia de las circunstancias sociales, o –si no lo consigue– pierda su influencia en la regulación de la protección de los bienes jurídicos a favor de ciencias más ajustadas a la realidad»[1086].

Este deprimente cuadro solo se explica por la automarginación de la realidad que se impone el jurista y del alejamiento que guarda respecto de los métodos de análisis o estudio de esa realidad. El jurista, en vez de cuestionar la culpabilidad como categoría y principio básico del Derecho penal moderno, con lo que, por gravedad, acarrearía el desmoronamiento de la pena y hasta del Derecho penal, debe apostar por su material, enriquecido esta vez por los hallazgos de la sociología y la psicología moderna, pues «no se puede profesar el principio de culpabilidad, oponiéndose, así, a los resultados de

---

[1084] SCHMID, Richard, *Kritik der Strafrechtsreform*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968, p. 8.

[1085] ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, Edersa, Madrid, 1979, p. 52.

[1086] NEDELMANN, Carl, «Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem dogma des Strafprinzips», en: *Kritik der Strafrechtsreform*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968, pp. 21, 22, 23.

ciencias como la psicología [...] dedicados precisamente a estudiar las motivaciones del comportamiento humano y pensar en que esas ramas del saber van a abstenerse de intervenir, tolerando que los juristas hagan profesiones de fe sobre una cuestión en que los especialistas piensan de manera muy distinta»[1087].

Por su parte, Hassemer pone particular interés en el hecho de que la realidad debe ser muy tenida en cuenta por el Derecho y afirma que «hoy parece algo imprescindible el hecho de que el sistema del Derecho penal deba estar informado con tanta precisión como sea posible sobre el campo de que se ocupa»[1088].

Siendo el ilícito una cuestión de la realidad, el principio de culpabilidad no puede actuar con independencia de ella, y sin darle contenido específico a fórmulas como 'reprochabilidad', 'poder en vez de ello', 'exigibilidad', o 'coculpabilidad', se puede caer en el retribucionismo inútil o en el abolicionismo a ultranza. Para darle contenido específico a las fórmulas citadas, es imperativo, con el auxilio de las ciencias sociales, determinar los contenidos y acaso algún sistema métrico que facilite su cuantificación a fin de resolver los problemas prácticos que derivan de la valoración subjetiva. Streng (1984) investigó empíricamente este punto y concluyó que la diversidad de parámetros valorativos del juzgador determina una igual variabilidad en la gradación de la culpabilidad y la consiguiente pena[1089].

Como quiera entonces que el sistema métrico que debiera diseñarse para la cuantificación de la culpabilidad necesariamente incorporará medidas aritméticas y desviaciones estándar pues se tendrían medias curvadas de población, la política criminal jugaría un papel de suma importancia que, como dice Patricia Ziffer (1994), «en el momento en que comienza a juzgarse la culpabilidad no ya según criterios de posibilidades reales del individuo, comprobables empíri-

---

[1087] GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general de Derecho penal español*, cit., p. 144.

[1088] HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 34.

[1089] STRENG, Franz, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg, 1984, p. 22.

camente, sino a través de generalizaciones, de situaciones promedio, se introducen consideraciones de política criminal en el concepto de culpabilidad mismo, lo cual va a tener como consecuencia relaciones cada vez más complejas entre culpabilidad y prevención»[1090].

II. LA IMPUTABILIDAD: CONCEPTO GENERAL

A la imputabilidad o capacidad de culpabilidad la definimos como el conjunto de cualidades psicológicas y fisiológicas por virtud de las cuales un sujeto conoce la trascendencia interpersonal y social de sus actos. Von Liszt define el punto diciendo «que es la capacidad de conducirse socialmente; observando una conducta que responda a las exigencias de la vida común»[1091]. Muñoz Conde nos dice «que al conjunto de estas facultades psíquicas y físicas mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad»[1092]. Es pues, la imputabilidad, el presupuesto de la culpabilidad en el entendido de que, quien adolece de madurez suficiente, o padece grave alteración psicológica no puede ser válidamente señalado como penalmente responsable de sus actos. Al respecto, nos dice Jiménez de Asúa que: «Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo, para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas»[1093].

En este orden de ideas tenemos que la capacidad de culpabilidad –imputabilidad– es el requisito fundamental de la atribuibilidad, puesto que el autor penalmente lo es solo en la medida en que pue-

---

[1090] ZIFFER, Patricia S., «La discusión en torno al concepto de culpabilidad», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 3, Lima, 1994, p. 260.

[1091] VON LISZT, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 396.

[1092] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 139.

[1093] JIMÉNEZ de ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1945, p. 328.

da responder como tal. Muñoz Conde ilustra este punto diciendo que «el concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, este pueda responder de ellos»[1094].

Añadiendo el factor de la concomitancia entre la capacidad y la comisión del hecho punible, Wessels nos dice que: «El presupuesto para que alguien pueda ser en general culpable, es su imputabilidad en el momento de la comisión del hecho»[1095] lo que hace de la imputabilidad una entidad concreta tanto en el supuesto de quien padece una incapacidad penal permanente como en el de quien, sin padecerla, pudiera encontrarse (no colocarse) en dicha incapacidad circunstancialmente.

Zaffaroni dice de la imputabilidad que, entendida como capacidad de culpabilidad, tiene dos niveles, «uno que debe ser considerado como la capacidad de comprender la antijuridicidad, y otro que consiste en la capacidad para adecuar la conducta a la comprensión de la misma. Cuando falte la primera capacidad nos faltará la culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad; cuando falte la segunda capacidad, nos hallaremos con un supuesto de estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, en este caso, por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica»[1096].

Cuello Calón, en esta misma dirección dice que «es imputable el individuo que ejecuta un hecho penado por la ley, hallándose en posesión de determinadas condiciones psíquicas que capacitan para responder ante la justicia penal»[1097].

[1094] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 139.

[1095] WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 113.

[1096] ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 534.

[1097] CUELLO CALÓN, Eugenio, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 57.

Con un criterio igualmente formal von Liszt califica la imputabilidad como «la capacidad de obrar en Derecho penal; es decir, la capacidad de realizar actos referentes al Derecho penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción»[1098].

Las definiciones o conceptualizaciones citadas son elocuentes al punto de resultar premisas suficientemente estables como para iniciar su desarrollo, como intentaremos más adelante. Más parca y sintética resulta ser la definición de Terragni cuando dice de la imputabilidad que es «la capacidad del sujeto de ser culpable»[1099] con lo que se centra el punto en el actor, en sus atributos psicológicos de maduración y lucidez, antes que en la atribuibilidad mecánica. Así entendidas las cosas, «el concepto ha ido variando al mismo tiempo que el Derecho penal evolucionaba desde una responsabilidad puramente objetiva, hasta exigencias de participación subjetiva en el hecho; de manera que imputar dejó de ser 'atribuir' para consistir en atribuir solo al que tiene capacidad de ser culpable»[1100].

La definición de Rodríguez Devesa dice que «la imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente»[1101]; así, Mezger indica también que «la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad»[1102] lo que implica definir un concepto en función dialéctica del otro.

Las cualidades psicológicas o fisiológicas por virtud de las cuales un sujeto conoce la relevancia de sus actos no son otras, que aquellas que, en suma, le permiten comprender y querer sus actos –*La capacità di intendere e di volere*–, a que se refieren los clásicos italianos y que magistralmente sintetiza el segundo párrafo del artículo 85º del

---

[1098] VON LISZT, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 398.

[1099] TERRAGNI, Marco Antonio, *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1981, p. 131.

[1100] TERRAGNI, *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*, cit., p. 132.

[1101] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 426.

[1102] MEZGER, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 80.

Código Penal italiano cuando dice: «Es imputable el que tiene la capacidad de entender y de querer».

La capacidad de comprender o de entender que tiene un sujeto presupone suficientes facultades psíquicas y físicas como para aquilatar, medir o conocer lo que ocurre en su entorno con prescindencia de los actos propios o con ocasión de ellos, pero además de esta facultad cognitiva, que le permite al sujeto una aproximación fenomenológica de los hechos, la capacidad de entender se compone de cualidades valorativas elementales por virtud de las cuales el sujeto se percata del valor social de sus actos.

Al respecto nos dice Antolisei que «la capacidad de entender no es la mera aptitud del sujeto para conocer lo que ocurre en derredor de él, sino la capacidad de darse cuenta del valor social del acto que se realiza. Basta que pueda comprender en general que está en contra de las exigencias de la vida en común»[1103].

En cuanto a la capacidad de querer, esta comprende la idea de autodeterminación y la idea de acto voluntario adaptativo lo que supone una doble sujeción, a la del propio discernimiento y a la de las exigencias ambientales.

Sobre este aspecto, Antolisei añade que «la capacidad de querer significa aptitud de la persona para determinarse autónomamente, resistiendo a los impulsos, y más concretamente: Facultad de querer lo que se considera que se debe hacer»[1104].

Ambas facultades, entonces, la de entender y la de querer, son necesarias al juicio de imputabilidad y la ausencia de una de ellas torna inimputable al autor de un acto punible.

En este orden de ideas, una definición material de la imputabilidad la tenemos en Cury Urzúa cuando, siguiendo a Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, Etcheberry, Mezger y Soler, define la imputabilidad como «la capacidad de conocer lo injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento. Esto no ocurre sino

---

[1103] ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1988, p. 431.

[1104] Loc. cit.

cuando él está constitucionalmente capacitado para comprender el significado de lo que hace y para autodeterminarse a obrar según esas representaciones de sentido»[1105].

Las condiciones pues, intelectuales y volitivas, o más ampliamente las cognitivas, las afectivas y las conativas se dan, si y solo si, su portador tiene madurez psíquica y salud mental. La primera condición deriva de la edad biológica, aunque la norma la fije cronológica en el concepto de mayoridad, la segunda, de la integración y normalidad psicológica presunta.

En la teoría del 'dominio del hecho' a la que refieren sus creadores Hegler y Welzel, se indica que «la imputabilidad es el estado de poder aparecer como dueño de sus hechos»[1106] lo que le permite decir a Cousiño, «que el autor del hecho se encuentre en un estado psíquico, de desarrollo o madurez y salud mental, que le permitan conocer la acción que lleva a cabo, esto es, no solamente de la acción misma, en cuanto ella importa una alteración o quietud en el mundo externo, sino también del contenido y finalidad de ella»[1107]. Según enseña Cousiño, la cita completa de Hegler es como sigue: «La segunda condición es que el autor al tiempo del hecho se hubiera encontrado en un estado general de madurez y salud espiritual, en el cual cualquiera puede aparecer como dueño de sus hechos»[1108].

1. Causas de inimputabilidad

En la doctrina dominante, las causas de inimputabilidad o las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad son: la minoría de edad, la anomalía psíquica permanente, el trastorno mental tran-

---

[1105] CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, T. II, pp. 29-30.

[1106] COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, T. III, p. 88.

[1107] Loc. cit.

[1108] HEGLER, August, citado por COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, cit., T. III, p. 89.

sitorio, la deficiencia mental, la alteración de los sentidos o de la percepción en el sentido sensorial de la palabra.

La enajenación o enfermedad mental permanente inhabilitante, comprende la psicosis en cualquiera de sus manifestaciones clínicas, como puede ser según veremos más adelante la esquizofrenia, la maníaco-depresiva, la orgánica, etc.

El trastorno mental transitorio comporta una incapacidad cognitiva, afectiva o conativa con la sintomatología total o parcial, característica de la enfermedad mental psicótica, aunque de duración determinada.

La deficiencia mental profunda o debilidad mental profunda comprende al oligofrénico incapacitado, por serio déficit intelectual de manejar las relaciones lógicas propias del pensamiento funcional o abstracto, quedando su discurso en el campo del pensamiento concreto.

La minoría de edad, como causa de inimputabilidad, responde a criterios de seguridad jurídica y comprende a todo protagonista de un injusto, cuya edad cronológica es inferior a la que fija la ley territorial para la atribuibilidad. Responde la causal al criterio según el cual la minoridad apareja inmadurez psicológica que afecta el entendimiento y la voluntad del agente.

La alteración sensorial, o de la percepción sensorialmente hablando, no comprende la que se origina en el cuadro psicótico (alucinaciones, delusiones y delirios), sino aquella que afecta los sentidos, como pueden ser la ceguera o la sordomudez, bajo ciertas condiciones de manifestación.

2. La minoría de edad

El inciso 2 del artículo 20º del Código Penal peruano sustrae de responsabilidad penal al menor de 18 años, de donde a decir de Solís Espinoza, cuando aborda el tema de la criminalidad juvenil, afirma: «En nuestra realidad legal, el límite máximo de la minoridad antisocial es a los 18 años»[1109]. Lo que es exacto pues permanece intacto el

[1109] SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *Criminología*, Desa, Lima, 1988, pp. 294 y ss.

texto original del inciso 2 del artículo 20º pues se ha derogado la modificación legislativa contenida en el Decreto Ley Nº 25564 del 20 de junio de 1992, que modificando el inciso 2 del artículo 20º del Código Penal glosado, establecía una minoridad de 15 años de edad para los autores o partícipes, en hechos tipificados como delitos de terrorismo.

«***Artículo 20º:*** *Está exento de responsabilidad penal:*

2. El menor de 18 años».

En principio, el sustento de la inimputabilidad por minoridad lo da la seguridad jurídica.

El tema de la inimputabilidad por minoridad es de antigua data, se dice incluso que se conoció en el Derecho romano (Cousiño, 1992) aunque su desarrollo fundamentado nos lleva al siglo pasado.

El juez penalista Pellegrino Rossi, según cita Cousiño, dice: «Las facultades morales e intelectuales del hombre solo se desarrollan a cierta edad y progresivamente. El hombre se encuentra sometido en su niñez al imperio de la vida animal, su sentido moral está todavía embotado, y su razón es endeble e incierta. Desconoce la naturaleza moral de las acciones humanas, o no hace más que entreverlas en confuso a través de una niebla, ni siquiera sabe discernir todas sus consecuencias materiales»[1110]. Al menor de edad entonces le faltan facultades morales para entender a cabalidad sus actos. Carrara, *Il Sumo Maestro di Pisa*, con parecido criterio nos dice: «La edad modifica la imputación en razón del intelecto del agente»[1111].

En la actualidad se considera que el menor de edad carece de facultades psicológicas por no haberse desarrollado suficientemente. Cousiño, nos dice al respecto que «en la actualidad se piensa que los menores de cierta edad están privados de capacidad penal, esto es, no son imputables, porque no tienen dominio sobre el hecho, a

---

[1110] ROSSI, Pellegrino, citado por COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, cit., p. 143.

[1111] CARRARA, Francesco, citado por COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, cit., p. 143.

causa del desarrollo incompleto de su psiquis y, por ende, la aptitud para entender cabalmente la acción injusta que llevan a cabo o, entendiéndola, de determinarse conforme a dicha comprensión»[1112].

Este punto de vista, desde luego, no es del todo convincente, como entre otras cosas, lo demuestra la variedad de criterios legislativos para la fijación de la edad a partir de la cual el infractor está en condiciones de responder penalmente; al respecto, Solís nos dice: «La experiencia legal contemporánea presenta límites variados que van en algunos casos desde los catorce, quince, dieciséis o dieciocho años de edad. Esta variedad de criterios respecto al límite de edad para considerar menor delincuente, nos muestra su inconsistencia y la paradoja de que una misma persona puede ser catalogada delincuente adulto en un país y en otro ser considerado menor antisocial»[1113].

La tesis de la falta de discernimiento *iure et de iure* del menor de edad, a que acude la escuela clásica del Derecho, ha sido y es severamente cuestionada por la imprecisión misma del verbo discernir que originó importantes discrepancias de aplicación. Al respecto, María Martínez nos dice que «la falta de uniformidad y claridad acerca de lo que debía entenderse por discernimiento, en el plano teórico, y la mayor severidad o benevolencia de las personas encargadas de apreciarlas en la práctica, dieron lugar a grandes y graves desigualdades»[1114].

Además de ser discutible el criterio biológico del discernimiento por las razones expuestas, también lo es por criterios de aprendizaje social pues, como dice Edmundo Fuchslocher, «si un niño se educa en un medio corrompido, sin ver a su lado un ejemplo de virtud, por más inteligencia que posea es casi seguro que será un delincuente, y si ha cometido un delito no es el discernimiento lo que importa»[1115].

[1112] Loc. cit.

[1113] SOLÍS ESPINOZA, *Criminología*, cit., pp. 295-296.

[1114] MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María, «La minoría de edad penal», en: *Cuadernos de Política Criminal* Nº 20 (1983), citada por SOLÍS ESPINOZA, *Criminología*, cit., p. 296.

[1115] FUCHSLOCHER, Edmundo, *Derecho de menores*, citado por SOLÍS ESPINOZA, *Criminología*, cit., p. 297.

El punto es que la inimputabilidad por minoría de edad es un artificio de la ley que pasaría por alto el presupuesto psicológico de la responsabilidad. Solís Espinoza nos dice al respecto que: «la inimputabilidad del menor, considerada por la ley, es realmente una ficción legal en cuanto considera al antisocial como incapaz de responder por su acto, y esto no debe movernos a pensar que un menor de 18 años de edad es incapaz de conocer la licitud o ilicitud de su conducta, ya que el adolescente e incluso el niño de la segunda infancia pueden actuar sabiendo lo censurable que es su conducta, y sin embargo, tenerlo como aceptable si han recibido una socialización defectuosa o se han formado en un medio antisocial o sus condiciones materiales de existencia resultan más vejantes que las normas morales o el deber ser abstracto»[1116], con lo que el autor citado se coloca en plena coincidencia con el decir de Manuel López Rey, quien valorando adversamente el hecho de la inimputabilidad de menores por el solo hecho de serlo nos dice: «La tesis de un menor penalmente irresponsable por el hecho de serlo es tan ilógico, asocial y anticientífica como la de estimar que todo adulto es responsable por serlo»[1117].

Lo que se concilia plenamente con los hallazgos en el terreno empírico, y si nos atenemos a los resultados de la investigación en 'El juicio moral en los adolescentes infractores' (Solís, 1969)[1118], realizada por el profesor sanmarquino en el Centro Tutelar de Menores de Maranga, Lima, se concluye que los juicios de valor formulado por menores antisociales sobre actos objetivamente 'injustos' o 'inmorales' no presentaban diferencias significativas con los formulados por el grupo no antisocial para este mismo género de actos.

Villavicencio Terreros (1992) considera que la inimputabilidad de menores se fundamenta en razones de seguridad jurídica, aunque coincide con Solís cuando añade que «también reconocemos que un

---

[1116] SOLÍS ESPINOZA, *Criminología*, cit., p. 297.

[1117] LÓPEZ REY, Manuel, citado por SOLÍS ESPINOZA, *Criminología*, cit., p. 297.

[1118] SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *El juicio moral en los adolescentes infractores*, Tesis, UNMSM, Lima, 1969, pássim.

menor de edad puede comprender el carácter ilícito de su acto y adecuar su conducta de acuerdo con esa comprensión»[1119].

Debe nuestra legislación optar por un criterio mixto psicobiológico y establecer la inimputabilidad plena para los menores de 15 años de edad y la restringida para los mayores de 15 años de edad y menores de 18 años, modificando el artículo 22º del Código Penal que apela al criterio psicobiológico y caduco de la imputabilidad restringida entre los 18 y 21 años de edad, criterio caduco que pasa por alto hallazgos recientes en la criminología contemporánea.

Consideramos, sin embargo, que las razones que fundamentan la inimputabilidad por minoridad de edad, no deben circunscribirse a la reductiva biológica expresada en la edad cronológica, sino al hecho indiscutible de que en el menor de edad la experiencia de vida es igualmente menor, y esta experiencia vital disminuida afecta la capacidad de aprehender los acontecimientos en su desarrollo diacrónico.

3. La anomalía psíquica

Es la locución empleada por el Código Penal en el inciso 1, artículo 20º, que en la psicopatología moderna es usada para referirse a las anormalidades congénitas, que duda cabe que comprende «todo fenómeno o proceso mental que se desvía o diferencia de lo normal rebasando claramente los límites del objeto propio de la Psicología, en sentido estricto»[1120] y que además considera que los pacientes pueden enfermarse por trastornos en las relaciones humanas, «igual que por causas metabólicas, genéticas, constitucionales o de otro tipo físico»[1121].

La anomalía psíquica como concepto se estructura a partir de un criterio estadístico según el cual en la curva poblacional de distri-

---

[1119] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1992, p. 119.

[1120] DELGADO, Honorio, *Curso de psiquiatría*, Editorial Científico Médica, Barcelona, 1969, p. 16.

[1121] NOYES, Arthur/KOLB, Lawrence, *Psiquiatría clínica moderna*, Prensa Médica Mexicana, México, 1969, p. 112.

bución, lo normal, o «el patrón de medida es lo mediocre en la gradación de las manifestaciones psíquicas dadas»[1122].

El otro criterio de normalidad sería el teleológico, de evidente raigambre moralista pues aquí, «normal es lo que se conforma a la idea de hombre, de mujer, de niño por excelencia; lo que se aproxima a lo óptimo [...] Lo normal no lo es por su frecuencia sino por su conformidad a la ley de constitución interna»[1123].

De lo expuesto resulta evidente que la locución empleada por el Código Penal peruano –anomalía psíquica– no es el más adecuado pues comprende innecesariamente una muy amplia variedad de conductas humanas, que sin ser patológicas, son anómalas tanto en el sentido estadístico como en el teleológico a que nos hemos referido.

El concepto de 'anomalía psíquica' no se asimila como equivocadamente afirma Villavicencio Terreros[1124], citando a Jescheck, al de perturbación psíquica morbosa, aunque la comprenda, ni se asimila igualmente al de 'trastorno mental permanente o enajenación', que como reconoce el mismo autor citado, y según Bustos, «implica un proceso morboso o patológico, de carácter permanente y que produce una alteración absoluta de las facultades mentales»[1125].

Afirma Villavicencio lo que sigue: «Es precisamente a estas anomalías (la psicosis, la epilepsia, la oligofrenia) a las que se refiere el Código Penal peruano de 1991. Nos parece que el término 'anomalía psíquica' es más apropiado que el de 'enfermedad mental'»[1126], lo que motiva en nosotros el siguiente, aunque respetuoso, comentario: no solo a estas anomalías se refiere el código sino a muchas otras a condición que tengan carácter patológico y que se asocie a ese carácter, la incapacidad de comprender la naturaleza delictiva de su

---

[1122] DELGADO, *Curso de psiquiatría*, cit., p. 16.

[1123] Ibídem, p. 17.

[1124] VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal*, cit., p. 115.

[1125] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal*, cit., p. 115.

[1126] VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal*, cit., pp. 115-116.

obrar o de determinarse o de actuar con arreglo a ese entendimiento como ya hemos desarrollado. De otra parte, si a lo que se quiere referir el código como en efecto ocurre, son a las enfermedades mentales incapacitantes (pues la neurosis no lo es, no obstante su etiología mórbida), por qué no ser precisos en ese sentido, como ocurre con otras legislaciones (artículo 34º del Código Penal argentino; artículo 17º del Código Penal boliviano; artículo 42º del Código Penal de Costa Rica; artículo 20º.1 del Código Penal cubano; artículo 34º del Código Penal ecuatoriano; artículo 10º del Código Penal chileno; artículo 27º del Código Penal de El Salvador; artículo 23º del Código Penal de Guatemala; artículo 15º del Código Penal de México; el artículo 28º del Código Penal de Nicaragua; artículo 62º del Código Penal de Venezuela; artículo 30º del Código Penal de Uruguay)[1127] [1128].

Hecho el comentario general sobre la locución elegida por el legislador peruano, entendemos que bajo la expresión 'anomalía psíquica', como causa de inimputabilidad contenido en el inciso 1 del glosado artículo 20º del Código Penal, debemos comprender todas las enfermedades mentales, desórdenes, trastornos, permanentes o transitorios, cuya gravedad afecta de tal modo el sistema nervioso y el comportamiento del que las padece, que dificulta su sentido de la realidad, su capacidad de ajuste adaptivo racional al medio ambiente y en consecuencia el dominio sobre la o las conductas de que es protagonista.

Las enfermedades mentales compatibles con la inimputabilidad entonces, no son todas, sino aquellas que atacan indiscutiblemente la culpabilidad del mayor de edad agente de un injusto penal, por la gravedad de sus manifestaciones patológicas en los ámbitos cognitivo, afectivo y conativo.

A la minoridad le alcanza la causal de inimputabilidad específica, a la que ya nos hemos referido.

En cuanto a las enfermedades mentales adecuadas para el autor del presente libro, ponemos prudente distancia de los eufemismos

---

[1127] BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal comparado*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

[1128] Vide el texto de los artículos mencionados de los Códigos penales citados en el anexo.

paracientíficos, como el llamar disfrenia a la psicosis y atribuirle a este último vocablo una significación peyorativa que no tiene.

En efecto, el profesor Roa en su nueva visión de las enfermedades mentales «propone la substitución de la denominada psicosis por la de disfrenia, así como la de personalidades psicopáticas –también peyorativa– por personalidades paranormales»[1129] [1130].

Gustavo Labatut (1992) sin mayores rodeos nos dice que: «Las verdaderas enfermedades mentales son las llamadas psicosis, que producen alteraciones profundas de las funciones psíquicas, y que, en cuanto a su origen, pueden ser endógenas o exógenas. Las primeras provienen de factores constitucionales; las otras se presentan con el curso de la vida, y muchas veces afectan también muy gravemente la psiquis. A las endógenas pertenecen las oligofrenias o estados de déficit mental congénito (idiotismo, imbecilidad, debilidad mental), la esquizofrenia, la psicosis maníaco-depresiva, el delirio sistematizado crónico o paranoia; a las exógenas, los estados demenciales, la parálisis general progresiva, los estados tóxico-infecciosos (alcoholismo, morfinismo, opionismo, cocainismo, etc.). La ley penal parte del supuesto de la normalidad psíquica de los individuos sujetos a su imperio. La enfermedad mental afecta directamente a dicha normalidad, indispensable para la imputabilidad y culpabilidad del sujeto»[1131].

Se dice que la psiquiatría moderna ha demostrado que no es importante para la determinación de la imputabilidad el diagnóstico preciso del padecimiento, pues solo bastarían los efectos de dicha enfermedad en el psiquismo de quien la padece[1132], lo que es fran-

---

[1129] ROA, *Nueva visión de las enfermedades mentales*, p. 78, citado por COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno*, cit., T. III, p. 95.

[1130] El profesor Cousiño en su momento plantea restituir el término paranormales por personalidades 'paratípicas', neologismo que nos merece la misma cautela que el propuesto por Roa (nota del autor).

[1131] LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, T. I, p. 133.

[1132] Loc. cit.

camente discutible si se toma en consideración que hay enfermedades mentales cuyo solo diagnóstico acarrea inimputabilidad[1133].

4. Transtornos mentales y conductuales que aparejan inimputabilidad absoluta

Según nuestro criterio, estos transtornos acarrean inimputabilidad absoluta, tomando en cuenta la clasificación internacional de enfermedades mentales elaborada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su nueva edición de 1975, vigente desde 1979 y concordados con la Décima clasificación (CIE) que rige desde 1993:

a. Psicosis orgánicas:

a.1. Psicosis orgánica senil

a.2. Psicosis presenil

a.3. Psicosis alcohólica

a.4. Psicosis tóxica

b. Otras psicosis:

b.1. Psicosis esquizofrénica

b.2. Psicosis afectiva

b.3. Psicosis paranoide

c. Retraso mental

Por su complejidad y naturaleza las denominadas «otras psicosis», adoptan las siguientes formas clínicas según la clasificación internacional que nos ocupa:

- *Psicosis esquizofrénicas*
  - Psicosis esquizofrénica tipo simple.
  - Psicosis esquizofrénica tipo hebefrénica.

[1133] Información extraída de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

- Psicosis esquizofrénica tipo catatónica.
- Psicosis esquizofrénica tipo paranoide.

• *Psicosis afectivas*

- Psicosis maníaco-depresiva, tipo maníaco.
- Psicosis maníaco-depresiva, tipo depresivo.

Desarrollamos brevemente el contenido mórbido de estas entidades nosológicas:

a. Psicosis orgánicas

Esta psicosis comprende desórdenes mentales originados y mantenidos en y por condiciones somáticas y fisiológicas patológicas que no dependen entonces de alteraciones primarias de las funciones mentales.

La etiología de la psicosis orgánica, como sugiere el adjetivo, es el proceso morboso cerebral o corporal asociado a trauma (traumatismo encéfalo craneano) o episodio patógeno o tóxico.

La sintomatología de este género de psicosis dependerá de la forma clínica que adopte, estas pueden ser: psicosis senil, psicosis alcohólica, psicosis tóxica, psicosis orgánica transitoria y psicosis orgánica crónica.

A continuación, desarrollamos cada una de ellas:

a.1. Psicosis senil

Esta enfermedad psiquiátrica se deriva de los cambios anátomo-funcionales vinculado a la edad avanzada (60 o más años de edad) y los síntomas más frecuentes son: «Indiferencia o cambios de ánimo –sobre todo depresión, inquietud, cólera, agitación– aparente reactivación del impulso sexual con diversas anormalidades psicosexuales, mayormente exhibicionismo y paidofilia; desorientación con desconocimiento de personas y cosas familiares; pseudopercepciones y confusión mental o delirio; alteraciones del juicio»[1134].

[1134] DELGADO, *Curso de psiquiatría*, cit., p. 287.

La psicosis senil entonces, a decir de Noyes (1969) «se caracteriza principalmente por defecto progresivo de la memoria (al principio para los hechos recientes, y más tarde para los remotos), limitación en los intereses, pérdida de la iniciativa, lentitud del pensamiento, apatía, irritabilidad e inquietud nocturna. El contacto con el ambiente «se vuelve cada vez menor, y al final puede desarrollarse un estado vegetativo, moderadamente estuporoso [...] el paciente está perplejo, desorientado. El insomnio es intenso y las alucinaciones frecuentes»[1135].

a.2. Psicosis presenil

Llamadas también demencias preseniles, o síndromes cerebrales crónicos, se asocian a trastornos del metabolismo cuya causa se desconoce; destacan entre ellas las siguientes: la enfermedad de Alzheimer y la de Pick.

La enfermedad de Alzheimer es un deterioro mental precoz, hereditaria, originada en la atrofia progresiva de la masa encefálica que se presenta entre los 50 y 60 años de edad.

Caracteriza la enfermedad una notable disminución de las capacidades intelectuales prefrontales, sensación de desorientación en el tiempo y en el espacio, perplejidad, pérdida en el sentido de las proporciones y medidas, pérdida notable de lenguaje y comprensión, pérdida de memoria retrógrada y anterógrada, labilidad emocional acompañada de risa sardónica e inopinadas.

Noyes, sobre la enfermedad de Alzheimer, dice:

«No existe un patrón característico ni en la alteración intelectual ni en los trastornos de la conducta. En diversos grados y combinaciones se presentan desorientación, labilidad emocional, defectos en el cálculo y en la información general, alteraciones en la memoria y en la capacidad para el pensamiento correcto. La pronunciación se vuelve difícil, el enfermo no logra entender lo que se le dice, y con frecuencia comete errores al leer, al escribir, o en los detalles rutina-

[1135] NOYES/KOLB, *Psiquiatría clínica moderna*, cit., pp. 291-292.

rios de la vida cotidiana; olvida las palabras y en muchos casos presenta trastornos del habla»[1136].

Este trastorno del habla, al que alude Noyes, es un compromiso neurológico parcial derivado del que compromete toda el área del lenguaje focalizada en el área de Brocca, tercera circunvolución frontal, tejido cerebral que se ve afectado con la enfermedad. El área de Brocca controla no solo el habla sino la comprensión de toda forma de comunicación verbal.

La enfermedad de Pick, síndrome cerebral crónico hereditario de difícil cuando no imposible diferenciación con el mal de Alzheimer, pues de igual manera se caracteriza por la atrofia cerebral grave, se inicia más tempranamente (45 años), se presenta más en mujeres que en hombres y un análisis microscópico *post mortem* de las células puede mostrar deterioro en las mismas o distintas áreas que se presenta en el Alzheimer.

«Entre los primeros síntomas se cuentan: Falta de espontaneidad, pérdida de la memoria, dificultad para pensar y para concentrarse y embotamiento de las emociones. El paciente se vuelve taciturno, indiferente, atolondrado y es incapaz de manejar situaciones nuevas. La memoria respecto a la ejecución de las tareas habituales y concretas se conserva relativamente bien, pero la capacidad para la conducta abstracta muestra graves alteraciones. Apraxia, alexia, agrafía o afasia son síntomas focales comunes»[1137]. Es innegable pues la gravedad inhabilitante de esta enfermedad mental.

a.3. Psicosis alcohólica

Llamada así por presentarse en alcohólicos, no siempre es el resultado de un deterioro orgánico cerebral por abuso del alcohol como se creyó originalmente, incluso en la actualidad se piensa que lo determinante es la personalidad básica del tomador, que lo emparenta con el psicótico maníaco-depresivo, al punto que el alco-

[1136] Ibídem, p. 297.

[1137] Ibídem, pp. 319-320.

holismo sería un síntoma más de este cuadro primariamente psicógeno.

La psicosis alcohólica adopta propiamente dos formas clínicas: El delírium trémens y la psicosis de Korsakoff.

El delírium trémens es una reacción de naturaleza aguda y se caracteriza por «un anublamiento de la conciencia con agitación; se presenta inapetencia absoluta, insomnio, cefalalgia, angustia, mareos, vómitos, ataques epilépticos. El delirio se acompaña de inquietud, desorientación en el espacio y en el tiempo, perturbaciones del equilibrio y alucinaciones de la vista, sobre todo micrópsicas; alucinaciones del tacto y del oído (ruido, zumbidos, música), el paciente percibe que todo se mueve de una manera extraña: el piso, las paredes, los personajes imaginarios»[1138].

El delírium trémens se origina en la alteración tóxica del cerebro por deficiencia hepática.

La *psicosis de Korsakoff* es una enfermedad que se presenta en alcohólicos crónicos y es de naturaleza involutiva o degenerativa que afecta gravemente la memoria inmediata o anterógrada. «El conjunto de síntomas se funde con un cuadro caracterizado por la amnesia, desorientación respecto al tiempo y al lugar [...] A primera vista la conciencia puede parecer clara y el trastorno mental parece no tener un aspecto de gravedad. El paciente está desorientado con respecto a lo que está más allá de la observación inmediata y respecto a lo que depende de la memoria. Esta enfermedad es más frecuente en mujeres»[1139].

a.4. Psicosis tóxica

Esta enfermedad psiquiátrica se origina en la ingesta de drogas narcóticas diversas que interrumpen o alteran el metabolismo cerebral. «El toxicómano vencido por el hedonismo se entrega a la simple condición del momento; la meta perseguida es el fugaz estado

---

[1138] DELGADO, *Curso de psiquiatría*, cit., p. 296.

[1139] NOYES/KOLB, *Psiquiatría clínica moderna*, cit., pp. 206-207.

afectivo vital de euforia, con aturdimiento, excitación de la fantasía o del ánimo, alucinación o sueño»[1140].

La personalidad predisponente es fundamental en las psicosis tóxicas. La adicción, sin embargo, no siempre acarrea la configuración de una reacción psicológica, aunque los desórdenes del comportamiento sean severos al punto de acarrear inimputabilidad.

La intoxicación por barbitúricos, v.gr., origina «falta de control emocional, explosión de risa o llanto, locuacidad, estupor y hasta coma».

El cocainismo puede derivar en un cuadro psicótico paranoide «con delusiones de influencia, de persecución, de venganza o de celos, y abundantes alucinaciones visuales»[1141].

b. Otras psicosis

Dentro de este rubro, encontramos los trastornos psicóticos clásicos o psicosis endógena, y entre los más caracterizados tenemos: la psicosis esquizofrénica, la psicosis maníaco-depresiva y la psicosis paranoide.

b.1. Psicosis esquizofrénica

La esquizofrenia es una enfermedad mental severa y relativamente prematura, cuyo rasgo más evidente es el de la desorganización mental.

La sintomatología más importante de la esquizofrenia es la siguiente: «Mengua de las aptitudes y del rendimiento, propensión a la fatiga, mengua de la capacidad de concentración, dificultad para pensar, pérdida del hilo del discurso, sentimiento de confusión intelectual y del cambio del propio modo de parecer, malestar, ideas hipocondríacas, depresión o angustia, falta de espontaneidad, temores e impulsos insensatos, manifestaciones histeriformes diversas, extravagancia, actitudes insólitas y planes grotescos»[1142].

[1140] DELGADO, *Curso de psiquiatría*, cit., p. 303.

[1141] Loc. cit.

[1142] DELGADO, *Curso de psiquiatría*, cit., p. 209.

Los síntomas patognomónicos, es decir, propios y necesarios de la enfermedad son: Pseudopercepción (acústicas y visuales), delusiones, agitación, impulsos insensatos irresistibles, mímica yerta.

Las formas clínicas que adopta la esquizofrenia son, conforme hemos anticipado, las siguientes:

i. ***Tipo simple.***- Se presenta en la juventud temprana y se caracteriza por el «empobrecimiento y mengua de la vida anímica»[1143].

ii. ***Tipo hebefrénica.***- Se presenta en púberes y adolescentes y sus características son «los aislamientos, reacciones emotivas desmesuradas o inoportunas, risa inoportuna, necedad»[1144].

iii. ***Tipo catatónica.***- En esta forma clínica las alteraciones más evidentes son las motoras tales como: «Flexibilidad cérea, actos impulsivos suicidas u homicidas, negativismo, mutismo o verborrea, reacción de eco, muecas, amaneramiento, delusiones y alucinaciones»[1145].

iv. ***Tipo paranoide.***- Propia de la madurez de la vida, predominan en ella «las delusiones, alucinaciones, conservándose bastante bien la capacidad intelectual»[1146].

b.2. Psicosis maníaco-depresiva o afectiva o bipolar

La psicosis afectiva, circular, maníaco-depresiva o bipolar, tiene la particularidad de afectar el sistema emocional del enfermo, de modo que en él predominan estados afectivos extremos (manía y depresión).

La sintomatología psicótica varía según el enfermo esté atravesando un estado maníaco o melancólico.

[1143] DELGADO, *Curso de psiquiatría*, cit., pp. 311-312.

[1144] Loc. cit.

[1145] Loc. cit.

[1146] Loc. cit.

i. ***Psicosis maníaco-depresiva tipo maníaca.-*** La etapa maníaca se caracteriza por «prodigalidad, hipererotismo, bulimia, insomnio, euforia, espíritu querellante, fuga de ideas, ideas sobrevaloradas, megalomanía, ilusiones»[1147].

ii. ***Psicosis maníaco-depresiva tipo depresiva.-*** En la etapa melancólica se presentan los siguientes síntomas: «depresión vital, inhibición psicomotriz, tristeza profunda, tendencia suicida, pensamiento inhibido, idea de culpa, micromanía, semblante pálido»[1148].

El estado estuporoso al que se puede llegar en el padecimiento de esta enfermedad psicótica puede inhibir todo género de conductas, incluyendo la suicida y naturalmente la homicida.

b.3. Psicosis paranoide

Llamada también, reacciones paranoide, o estado paranoides, es una enfermedad mental crónica cuyo rasgo fundamental son las «ideas delirantes persistentes, inalterables, sistematizados y lógicamente razonadas»[1149].

Los otros componentes del comportamiento no se alteran mayormente.

Debemos advertir, sin embargo, que en el cuadro psicótico-paranoide cuanto más coherente es el pensamiento del paciente, con la idea psicótica general que maneja, más grave su enfermedad y más reservado el pronóstico de su recuperación.

c. Retraso mental

Llamado también, retardo mental, deficiencia mental, debilidad mental u oligofrenia, es un estado psicológico en el que resulta

---

[1147] DELGADO, *Curso de psiquiatría*, cit., p. 323.

[1148] Loc. cit.

[1149] NOYES/KOLB, *Psiquiatría clínica moderna*, cit., p. 436.

particularmente afectada la capacidad intelectual del sujeto, originada por un déficit en el desarrollo del cerebro o por un problema de maduración vinculado con estímulos del entorno.

Solís define el retardo mental como «un trastorno específico caracterizado por un déficit en el desarrollo intelectual, con varios niveles de deficiencia, cuyas causas son diversas o multidimensionales que se presentan desde el nacimiento o desde los primeros meses de existencia»[1150].

La merma afecta principalmente la capacidad de aprendizaje del paciente.

«En el débil mental encontramos defectos en la capacidad para observar los casos con amplitud y profundidad, y en la capacidad de comparar, planear, y discriminar, esencial para solucionar problemas prácticos con éxito; también está limitada la amplitud de sus conocimientos acerca de los objetos y los hechos comunes de su ambiente. Los débiles mentales a menudo muestran una capacidad variable para aplicar su inteligencia a las situaciones concretas de la vida»[1151].

c.1. Retraso mental de grado no especificado

Esta subanormalidad intelectual se le denominó propiamente oligofrenia, de oligo=pequeño, frenia=mente.

Esta modalidad, comprende el retraso mental discreto con un cociente intelectual (C.I.) de 50-70 y el retraso mental moderado con un C.I. que va de 35 a 50, en las escalas de medición americanas usuales en estos casos y que deben ser baremados si se tratara de establecer coeficiente para la población muestra.

c.2. Retraso mental profundo

Informa esta categoría, de un déficit intelectual tal que el paciente requiere de asistencia y ayuda cercana[1152], su C.I. será menor de 20.

[1150] SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, «Aspectos psicopatológicos de la imputabilidad», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, 1994, p. 647.

[1151] NOYES/KOLB, *Psiquiatría clínica moderna*, cit., p. 436.

[1152] SOLÍS ESPINOZA, *Criminología*, cit., pp. 285-286.

5. La grave alteración de la conciencia

La grave alteración de la conciencia acarrea inimputabilidad cuando comprende una suerte de perturbación cognitiva que hace que el actor pierda su capacidad intelectual de percatarse del carácter delictuoso de sus actos. Esta naturalmente se deriva de un evento emocional importante en el sujeto, ocasionado por un estímulo cualquiera.

La secuencia fenoménica entonces es como sigue:

Perturbación	⇒	Perturbación conativa inhabilitante
Estímulo adicional exterior X	⇒	Grave alteración cognitiva o de la conciencia inhabilitante

Se tiene pues, del diagrama precedente, que el meollo de la grave alteración de la conciencia inhabilitante es el aparato emocional del sujeto.

«Las emociones varían de intensidad desde los estados moderados tales como variaciones ligeras del carácter hasta las intensas pasiones que desintegran y desorganizan la conducta, podemos estar brevemente coléricos o contrariados, o podemos llegar a estar tan intensamente coléricos que perdemos el control de nuestra conducta»[1153].

La ley y la doctrina cuando atienden a la alteración de la conciencia como causa de inimputabilidad, están significando los siguientes puntos que deberán ser cuidadosamente considerados:

a. La alteración cognitiva (de la conciencia) impide comprender la naturaleza del acto, por haberse trastocado seriamente el pensamiento y el conjunto de funciones prefrontales que contrastan el discernimiento del agente, lo que le impide apreciar el carácter ilícito de su acto.

b. La grave alteración de la conciencia compromete también el área conativa o motora-comportamental, de manera que

[1153] WHITTAKER, James O., *Psicología*, Interamericana, México, 1965, p. 108.

el agente no comanda adecuadamente sus conductas objetivas, plásticas o motoras, lo que le impide operar o determinarse con sujeción al orden jurídico.

c. La alteración conativa o comportamental no será de tal magnitud que consistan en actos reflejos u otros propios de disfunciones neurológicas, porque de ser así estarían frente a la ausencia de acto antes que a una causa de inimputabilidad.

Si la alteración de la conciencia una produjera una seria perturbación en la capacidad apreciativa o conativa del agente aunque sin originar pérdida, estaríamos en hipótesis distinta. Por ejemplo, el homicidio por emoción violenta excusable.

Al respecto Roy Freyre nos dice:

«El estado anímico propio de la emoción violenta, presume iuris tantum que el sujeto activo es imputable. Con relación al tema de la imputabilidad resulta que el estado de emoción violenta puede dar lugar, en nuestro entender, a las siguientes hipótesis:

a. Que el agente excusablemente se emocione en forma violenta, conservando no obstante, la capacidad de darse cuenta del carácter delictuoso de su acto.

b. Que el autor también excusablemente se emocione de manera violenta, alterándose notablemente su conciencia pero sin llegar a perder en su totalidad la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acción.

c. Que el sujeto activo excusablemente experimenta la misma emoción, pero esta vez sufriendo una grave alteración de la conciencia que le hace perder la capacidad de darse cuenta de la naturaleza delictuosa de su acción o de determinar su comportamiento según esta apreciación. En este caso, el sujeto deviene en inimputable.

d. Que el sujeto activo inexcusablemente se emocione de manera violenta, sufriendo una grave alteración de su conciencia que le hace perder totalmente la capacidad

> para darse cuenta del carácter delictuoso de su acción o de determinar su conducta conforme a esta apreciación. Se trata de un sujeto inimputable[1154].

La emoción violenta en el campo legislativo normalmente se asocia a tipos atenuados cuando su índole es excusable. «La ley atenúa el homicidio porque su autor ha sido impulsado al delito por la fuerza de las circunstancias que han conmocionado su ánimo, dificultando el pleno dominio de sus acciones. En su acepción jurídica, la emoción es el estado de conmoción del ánimo en que los sentimientos se exacerban, alcanzando límites de gran intensidad. No es imprescindible que se vea afectada su capacidad de comprensión, o sea, su inteligencia perceptiva –sin perjuicio de que pueda ello ocurrir–, pero sí es imprescindible que la violencia de la emoción haya obrado de alguna manera sobre su capacidad deliberativa, aunque sin anularla, porque cuando se ha traspasado ese límite, cuando el sujeto 'no sabe lo que hace' o no puede 'dirigir su conducta' serán ya casos de inimputabilidad»[1155].

En el mismo sentido se pronuncia Peña Cabrera cuando dice que: «Es necesario subrayar que el estado de emoción violenta connota un tipo atenuado y no una circunstancia eximente de penalidad, ya que el estado emotivo para que sea tal no requiere una pérdida de conciencia, situación esta última de inimputabilidad»[1156].

La respuesta o conducta emocional intensa se manifiesta objetivamente en el organismo humano de muy diversas formas, lo que la hace observable e incluso medible (Millar, 1948; Cannon y Baid, 1928; Masserman, 1943), en beneficio naturalmente de una adecuada aplicación de la ley.

Whittaker (1968), notable psicólogo norteamericano, nos resume la manera cómo reacciona el organismo humano intensamente

---

[1154] ROY FREYRE, Luis Eduardo, *El Derecho penal peruano. Parte especial*, Eddili, Lima, 1974, T. II, pp. 189-190.

[1155] CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1990, T. I, pp. 45 y ss.

[1156] PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1992, pp. 105-106.

emocionado. Nos dice que «durante una experiencia emocional profunda el organismo reacciona de distintas maneras:

1. Ocurren cambios en la resistencia eléctrica de la piel. A esto generalmente se le denomina respuesta galvánica cutánea, o simplemente, R.G.C. Se mide por medio de electrodos colocados en la palma de las manos.
2. Se eleva la presión arterial y el volumen sanguíneo de varios órganos se altera.
3. Aumenta la frecuencia cardiaca, y en casos excepcionales, el individuo puede experimentar agudos dolores alrededor del corazón.
4. La respiración se hace más rápida.
5. Las pupilas se dilatan de manera que entra más luz sobre la retina.
6. La secreción salival disminuye, y por lo tanto existe sequedad de la boca y de la garganta.
7. Se presenta respuesta pilomotora. Esta respuesta es conocida generalmente con el nombre de 'carne de gallina'.
8. La motilidad del aparato digestivo disminuye o cesa por completo.
9. Los músculos se ponen tensos y tiemblan.
10. La composición de la sangre cambia. El cambio más notable es la elevación del azúcar sanguíneo.

Además de estas alteraciones fisiológicas, se secreta epinefrina a la sangre por la médula adrenal, que es la parte no endocrina de las glándulas suprarrenales. La epinefrina eleva el azúcar de la sangre, ayuda a la sangre a coagularse más rápidamente, y aumenta la presión arterial[1157].

Debo finalmente advertir que con todo lo importante que resulta ser la emoción en los ámbitos de la criminalística y del Derecho, y no obstante su índole comprometedora de todas las facetas de la

[1157] WHITTAKER, *Psicología*, cit., p. 108.

personalidad y conducta humana, normalmente no llega a alcanzar niveles de intensidad tal, que acarreen inimputabilidad en el actor.

a. Trastorno mental transitorio

Se trata de una subvariedad de la grave alteración de la conciencia[1158], y se distingue de la anomalía psíquica por su durabilidad.

De la grave alteración de la conciencia propiamente dicha, se distinguen básicamente por su carácter primariamente orgánico-cerebral derivado de disfunciones fisiológicas endógenas (v gr. delirio febril) o exógena (embriaguez) pasajeras. No se requiere sin embargo para explicar este padecimiento base patológica permanente.

El trastorno mental transitorio es compatible con la conciencia actual pues en estados crepusculares hípnicos habría antes de inculpabilidad, ausencia de acto.

«La alteración es, pues, una desorientación que sin embargo no anula la conciencia, sino que la deja restringida»[1159].

El trastorno mental transitorio en suma, lo define Velásquez «como aquella causa de inimputabilidad o atenuante de la responsabilidad que acarrea una perturbación pasajera de la actividad psíquico-orgánica, producida por causa endógena o exógena que puede o no dejar secuelas, las cuales, en caso de presentarse desaparecen por la curación sin dejar huella»[1160].

Los típicos casos a los que se asocia el trastorno mental transitorio son la embriaguez, toxicidad, fiebres, etc.

b. La actio liberae in causa

Llamada también trastorno mental preordenado en atención a que el agente de modo premeditado se coloca en la situación de inimputabilidad para delinquir.

[1158] La grave alteración de la conciencia es un supraconcepto que engloba una variedad más amplia de estados (nota del autor).

[1159] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 639.

[1160] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 515.

En la *actio libera in causa* o acción libre en la causa el autor al inicio conoce a plenitud su designio y el agente responde penalmente.

Este transtorno puede ser de naturaleza dolosa cuando el actor se coloca consciente y voluntariamente en estado de inimputabilidad, con lo que tenemos en realidad como afirman Cobo del Rosal y Antón Vives, que ya con el inicio de la acción destinada a colocarse en el estado de irresponsabilidad se habría dado inicio a la ejecución del delito[1161] con lo que, en vía de excepción, el tiempo del delito no se corresponde con el del tiempo de la acción, en vista que los actos preparatorios de ordinario carecen de índole delictiva.

Las acciones *liberae in causa* 'culposas' ocurren cuando el agente, sin proponérselo directamente, pero sabiendo y previendo que bajo estado de inimputabilidad procurada, de ordinario puede desencadenar un resultado dañoso, se coloca en dicho estado. El ejemplo paradigmático es el de quien imprudentemente, se embriaga a sabiendas que luego va a manejar su automóvil de regreso a su casa.

La *actio libera in causa* preocupó a Jakobs y esto lo expresa diciendo: «precisamente el comportamiento del incapaz de culpabilidad no se puede pronosticar de acuerdo con los planos del capaz de culpabilidad; en cualquier caso, no existe regla alguna que permita afirmar que el incapaz vaya a llevar a cabo lo que, anteriormente, haya deseado el capaz de culpabilidad»[1162]. Dicho de otra forma, para Jakobs, cuando el autor actúa culpablemente, le falta el quebranto de la norma, e inversamente, cuando quebranta la norma le falta capacidad[1163], rompiéndose el principio de coincidencia.

Concluye Jakobs que el *actio liberae in causa*, es más, un caso de autoría mediata en el que el capaz de culpabilidad instrumentaliza al incapaz –uno mismo– en la oportunidad del quebranto de la norma[1164].

[1161] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 449-450.

[1162] JAKOBS, Günther, «La denominada actio libera in causa», en *Poder Judicial*, Nº 50, Madrid, 1998, p. 260.

[1163] Loc. cit.

[1164] JAKOBS, «La denominada actio libera in causa», cit., p. 260.

Debemos concluir que el Código Penal peruano 1991 no norma lo concerniente a este estado.

6. La grave alteración de la percepción

Los hombres se relacionan con el mundo exterior a través de múltiples terminaciones nerviosas, conocidas como receptores, que debidamente organizados e integrados al sistema nervioso conforman los órganos complejos de los sentidos que se encargan de darnos los datos físico-externos, necesarios a la función de la percepción a la que le sirve de base y finalmente a la adaptación del organismo al medio ambiente.

La percepción es una función compleja y nerviosa superior del organismo, que se estructura a partir de los datos de los sentidos y que sirve a la vida de relación con el mundo externo.

Whittaker dice que «la percepción es más claramente un mero reflejo en un espejo del mundo proporcionado por los sentidos. Pensamos acerca de la percepción como un proceso bipolar, es decir, como un proceso que tiene dos aspectos principales. Uno referido a las características de los estímulos que activan los órganos de los sentidos, y un segundo aspecto comprende características que se refieren a la persona que percibe con su experiencia del pasado, sus motivos, sus aptitudes, su personalidad»[1165].

La percepción es el producto resultante de la interacción entre el dato sensorial que recoge los sentidos y las características dinámicas del observador. «En otras palabras nuestras percepciones son rara vez determinadas enteramente por las energías físico-externa que obran sobre los receptores o exclusivamente por las características internas del observador»[1166].

El mayor o menor énfasis que pudieran tener en la percepción final, los estímulos externos o las características del observador, de-

---

[1165] WHITTAKER, *Psicología*, cit., p. 365.

[1166] Ibídem, p. 374.

penderán entonces, de la mayor o menor estructuración de dichos estímulos externos (Sherif, 1956; Gilchrist y Nesberg, 1952).

En suma, los factores que influyen en la percepción son múltiples y variados, entre ellos: el lenguaje, la atención, la motivación, intereses y valores del observador, movimiento, tamaño y repetición de los estímulos externos.

Siendo así, la percepción antes de agotarse en su dimensión sensorial, es una compleja función psicológica en la cual los sentidos y la personalidad del sujeto cumplen papales fundamentales.

No obstante lo que precede, el legislador del Código Penal de 1991, ha circunscrito el vocablo 'percepción' a un significado exclusivamente sensorial.

Villavicencio Terreros (1992) nos dice de la grave alteración de la percepción a que se refiere el código 1991, lo siguiente: «Se fundamenta en el criterio biológico natural, que evalúa las dimensiones biológicas de los sentidos. En un primer momento se limitó al habla y a la audición; ahora se admite la alteración de todos los sentidos. Admitido que esta alteración de la percepción se refiere a todos los sentidos»[1167].

En otras legislaciones recientes como la de España, Alemania, Bolivia y Uruguay, se tiene este mismo enfoque sensorialista que no se concilia naturalmente con los hallazgos modernos en materia de percepción.

En España y Alemania se tiene a los sordomudos como inimputables. «En Argentina e Italia las fórmulas sobre inimputabilidad permiten comprender el caso cuando las circunstancias concretas revelan que la perturbación orgánica suprime efectivamente la capacidad del sujeto, para comprender lo injusto y autodeterminarse con arreglo a esa comprensión. Ese tratamiento jurídico se funda en el hecho evidente de que la sordomudez provoca en el paciente una motivación de aislamiento, que es, por sí sola, limitativa de su habilidad para entender y querer»[1168].

[1167] VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal*, cit., p. 117.

[1168] CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 56.

La percepción tal y conforme se conoce modernamente se manifiesta teniendo en cuenta lo siguientes principios básicos:

a. Naturaleza bipolar de la percepción

Significa este principio que en la percepción se conjugan las condiciones objetivas de los estímulos con las características de personalidad del observador (Kohler, 1929).

En esta conjugación tenemos entonces tanto el fenómeno físico que vincula el objeto externo con los órganos de los sentidos, es decir, las características propias del objeto (tamaño, color, forma, etc.), la de los sentidos (focalización, distancia, proximidades, semejanzas) y las características del observador (motivaciones, intereses, actitudes, aptitudes, inteligencia, propósitos, historia personal, etc.). En suma, la psicología alemana de la Gestalt cumple un importante papel en el entendimiento de este punto.

En palabras de Whittaker «nuestras percepciones son rara vez determinadas enteramente por las energías físico-externas que obran sobre los receptores, o exclusivamente por las características internas del observador. En la mayor parte de los casos, lo que advertimos es el resultado de la interacción de los factores de los estímulos y de las condiciones internas»[1169].

b. Marco de referencia

Refiere este principio que los parámetros vivenciales varían de persona a persona en función de sus particulares circunstancias sociales, políticas, laborales, económicas, etc. «Lo que queremos decir es que la percepción difiere como resultado de los diferentes motivos y valores»[1170].

c. El grado de estructuración del estímulo es importante condicionante

Por este principio se tiene que la mayor o menor estructuración del estímulo externo condiciona la preponderancia de los factores internos del observador en su percepción.

[1169] WHITTAKER, *Psicología*, cit., p. 374.

[1170] Loc. cit.

«Cuando un individuo se enfrenta con una situación de estímulos no estructurados, su percepción es determinada en gran parte por características situadas dentro del propio observado. Sus motivos, sus actitudes, su experiencia del pasado o lo que otras personas dicen, desempeña un papel significativo para determinar su percepción»[1171].

7. La psicopatía como eventual causa de inimputabilidad: posición del autor

La psicopatía es definida preventivamente antes que como una enfermedad mental, como una personalidad permanentemente desajustada con el entorno y cuyo rasgo patognomónico es el de su anafectividad o poca percusión emocional, que lo hace insensible a los problemas y el discurso ajeno. Desde esta perspectiva, nuestro enfoque se mantiene en el clásico Kurt Schneider que iniciara con tanta claridad y para quien –según cita Irisarri–, la psicopatía: «1) se trata de una anormalidad y no de una enfermedad; 2) la anormalidad hace sufrir al sujeto y/o a la sociedad en que vive; 3) la anormalidad afecta principalmente a la personalidad –entendiendo por tal los sentimientos y las valoraciones sin la inteligencia ni lo corporal–; 4) tiene una destacada proyección social»[1172].

En tal sentido, reconoce Irisarri –citando a Vicente Cabello– que se trata de «personalidades que adquieren el tipo de las graves alteraciones de la conducta que sin menoscabo intelectual se vinculan a profundos trastornos de la esfera afectiva y volitiva»[1173].

El hecho es entonces que la psicopatía no comprende afectación severa del entendimiento ni del comportamiento, por tanto esta no podría acarrear inimputabilidad como erróneamente intenta insinuar Irisarri a partir de una pretendida reformulación del concepto de enfermedad mental contrapuesto a la práctica médica y psico-

---

[1171] Ibídem, pp. 375-376.

[1172] IRISARRI, Carlos Alberto, «Inimputabilidad penal», en: *Debate Penal*, Año 3, Lima, 1989, p. 21.

[1173] Loc. cit.

lógica usual, lo mismo que a la clasificación internacional de la Organización Mundial de la Salud.

Cuando Irisarri nos dice que: «El nacimiento de una psicología de la conducta, una preocupación creciente por los procesos mentales y no por la mente como 'entidad', el diagnóstico de las enfermedades mentales sobre la base de los síntomas, el estudio sociológico de la conducta desadaptada, el medio, el método psicodinámico (psicoanálisis) para enfocar la conducta anormal en función de lo inconsciente, fueron motivos para que paulatinamente se fueran minando las bases de la psiquiatría antigua.

La nueva psiquiatría –sigue Irisarri– se ve obligada a admitir como enfermedad a aquellas que no se constriñen a la esfera puramente intelectual (con lesión o base corporal), sino que se vinculan a la totalidad y a la personalidad. Lo patológico también puede estar en la afectividad, se dijo. Obviamente, en este cuadro, la tesis alienista comenzó a ceder[1174].

Cuando Irisarri nos dice lo que venimos de citar, olvida que esta pretendida nueva psiquiatría es tan antigua como aquella que recusa y en aquella como en ésta, lo mismo que en la contemporánea, no cabe asociar a la psicopatía la inimputabilidad, lo que nos permite hacer nuestra la frase de Donna quien basándose en las estadísticas de Stumfl dijo: «Si se aduce que toda persona psicópata es inimputable se vaciarían las cárceles y se llenarían los hospitales»[1175].

Bacigalupo en la misma dirección que Irisarri, critica el concepto de enfermedad mental de Kurt Schneider, diciendo lo siguiente: «Es preciso señalar que el concepto de enfermedad mental de Kurt Schneider, al que tan frecuentemente se recurre en la práctica, no es hoy en día admisible en la interpretación de las disposiciones sobre exclusión de la capacidad de motivación. En ello no deja de tener influencia el medio siglo de antigüedad de tal concepto. Para Schneider, solo hay enfermedad en lo corporal y un fenómeno espiritual morbo-

[1174] IRISARRI, Carlos Alberto, «Inimputabilidad penal», cit., pp. 25-26.

[1175] Loc. cit.

so requiere ser condicionado por la existencia de una modificación enfermiza del cuerpo. Sin embargo, en las propias enfermedades mentales como la esquizofrenia y la maníaco-depresiva o circular, estas transformaciones del cuerpo no han sido comprobadas. La aceptación de que la ciclotimia y la esquizofrenia provienen de enfermedades (corporales), es un puro postulado, si bien muy probable y casi fundadamente constrictivo. Las personalidades psicopáticas, en cambio, 'no se refieren a una enfermedad' (corporal). De manera que el límite entre enfermedad y simple anormalidad está basado en la pura postulación de una suposición no comprobada experimentalmente. Es evidente que metodológicamente un concepto semejante queda inválido. Y pretender establecer la línea divisoria de imputabilidad y no imputabilidad en base a él, es por demás, criticable»[1176].

Los conceptos entonces esgrimidos por Bacigalupo no se corresponden con los avances en materia de medicina psiquiátrica moderna ni en materia de genética, campos del saber científico en los que está quedando claro que las enfermedades mentales inhabilitantes como psicosis esquizofrénica y circular tienen correlato neurofisiológico probado.

Cerezo Mir considera que sí son causa de inimputabilidad las neurosis y psicopatía[1177].

8. La inimputabilidad en la legislación peruana

La tradición legislativa peruana en este tema informa que a la inimputabilidad se le asocia necesariamente la incomprensión por parte del agente, del carácter delictuoso de su acto criminal, o si lo comprende, le afecta patológicamente la capacidad de comportarse conforme esta comprensión.

La legislación peruana entonces, permanentemente trató la inimputabilidad desde la perspectiva cognitiva lo mismo que desde

---

[1176] BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 158-159.

[1177] CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, cit., p. 60.

la conativa, omitiéndose, salvo en el Código de 1991, lo concerniente a los déficit sensoriales.

El profesor sanmarquino Víctor Prado Saldarriaga nos dice al respecto que «con frecuencia el Derecho penal peruano ha considerado como causales de inimputabilidad la enfermedad mental (psicosis), la oligofrenia y la grave alteración de la conciencia»[1178]. Cita Prado en apoyo de esta afirmación el artículo 13º del Código Penal del Estado Sud-Peruano de 1830; el artículo 8º, inciso 2 del Código Penal de 1863; y el inciso 1 del artículo 85º del Código Penal helvético de 1924.

El Código Penal peruano de 1991, dice:

«***Artículo 20***.- *Está exento de responsabilidad penal:*

1. *El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;*
2. *El menor de 18 años*».

El texto legislativo peruano en esta materia toma como antecedente tanto y principalmente el Código Maúrtua de 1924, inciso 1, artículo 85º, cuanto el anteproyecto del Código Penal español de 1983 (artículo 22º, inciso 4), con lo que se inscribe el nuestro dentro del modelo legislativo que podríamos llamar 'empírico-normativo' tomando como base el hecho que Prado (1993) denomina 'descriptivo-normativa' a este modelo por considerar con Hurtado (1978) a quien cita, que la declaratoria de inimputabilidad es la resultante de una apreciación subjetiva que hace el juez, a partir de la constatación empírica que le brinde un perito.

Hurtado, citado por Prado, al respecto dice: «Que la determinación de si un sujeto es imputable o no es una apreciación» (juicio

[1178] PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Comentarios al Código Penal de 1991*, Alternativas, Lima, 1993, p. 93.

de valor) del juez sobre la base de la constatación de una situación concreta (hecha por los peritos)[1179] con lo que se mezcla, acaso sin rigor conceptual, los asuntos del Derecho penal sustantivo a que se refiere la norma estudiada, con los aspectos procesales que norman la función pericial y la jurisdiccional.

En efecto, la norma procesal vincula u obliga al juez cuando a tenor del artículo 71º del novísimo Código Procesal Penal, conforme señala Oré Guardia refiriéndose al medio de prueba especial, menciona que «es el que la ley establece con carácter obligatorio, para acreditar un determinado objeto de prueba. Por ejemplo, para declarar exento de responsabilidad a un inimputable que cometió delito, se requerirá dictamen pericial»[1180].

Traslada Prado Saldarriaga, el estudio del instituto sustantivo con el procesal, cuando añade que: «Es de señalar, por tanto, que la noción legal de imputabilidad opera en todo proceso penal como una presunción *iuris tantum* y que solo puede ser cuestionada en base a un diagnóstico psiquiátrico»[1181], aclarando además que el artículo 71º del acotado, que le sirve al comentarista, no menciona examen psiquiátrico sino 'dictamen pericial', que es caso distinto y comprende otros y acaso más variados recursos de diagnóstico.

En cuanto a la inimputabilidad atenuada, el Código de 1991 no determina con precisión las situaciones que la origina aunque del tenor de su artículo 21º se desprende un criterio gradualista con arreglo al cual el juzgado disminuye (atenúa) la pena cuando la causa de inimputabilidad no es absoluta.

Dice el Código de 1991 sobre el punto lo siguiente:

[1179] HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Eddili, Lima, 1978, p. 265.

[1180] ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Estudios de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1993, p. 08.

[1181] PRADO SALDARRIAGA, *Comentarios al Código Penal de 1991*, cit., p. 93.

*«**Artículo 21º**.- En los casos del artículo 20º, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal».*

En cuanto a la responsabilidad restringida, el artículo 22º del código bajo estudio dice:

*«**Artículo 22º**.- Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenticinco años, al momento de realizar la infracción.*

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua».

Aquí se precisa el factor edad como determinante de una atenuación de la pena.

Prado Saldarriaga, comentando estos institutos, dice: «El Código de 1924 y 1991, el legislador no ha precisado en qué casos cabe hablar de una inimputabilidad disminuida o restringida; no obstante, ambos códigos han aludido a ella como un estado que amerita la atenuación de la pena e incluso, puede motivar la aplicación de medidas alternativas o conjuntas de la pena»[1182].

Añade que: «La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran como casos de inimputabilidad disminuida los siguientes: ebriedad relativa, fármacodependencia, cuadros preliminares de debilidad mental y algunas manifestaciones de personalidad psicopática, como los actos de necrofilia»[1183].

[1182] PRADO SALDARRIAGA, *Comentarios al Código Penal de 1991*, cit., pp. 94-95.

[1183] Loc. cit.

La jurisprudencia que ofrece el autor citado es la siguiente:

1. «Es circunstancia atenuante haberse encontrado el acusado bajo la acción del alcohol en el momento de la perpetración del delito» (ejecutoria suprema del 3 de abril de 1951)[1184].
2. «Procede disminuir prudencialmente la pena del autor de homicidio perpetrado en forma ocasional, que actuó bajo los efectos de un estado anormal de tipo tóxico, embriaguez patológica, con trastornos de conciencia y excitabilidad psicomotriz y que, además, padece de debilidad mental en pequeño grado o sea una deficiencia mental débil» (ejecutoria suprema del 4 de abril de 1974)[1185].
3. «Para graduar la pena en la autora del delito de filicidio de su menor hija de 6 años de edad, debe tenerse en consideración que conforme a la pericia psiquiátrica la acusada es de personalidad anormal catalogada al tipo esquizoide, sin llegar a adolecer enfermedad mental» (ejecutoria suprema del 18 de julio de 1974)[1186].

El segundo parágrafo del tipo estudiado excluye sin coherencia político-criminal al autor de los siguientes ilícitos: violación de la libertad sexual, tráfico de drogas, terrorismo y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua. La fuente: la Ley Nº 27024 del 25 de diciembre de 1998, con estas exclusiones, es parecer del autor, se quebranta discriminatoriamente, la unidad de criterio político-criminal que debería seguir el legislador.

9. La inimputabilidad en el Derecho comparado

Definida la inimputabilidad, desde el punto de vista doctrinario, como la incapacidad del sujeto de ser culpable, noción

[1184] Loc. cit.

[1185] Loc. cit.

[1186] Loc. cit.

simétricamente opuesta a la que nos da Terragni[1187] cuando define la imputabilidad; nos encontramos con su naturaleza relativa pues está expuesta la noción a la intensidad y modos como aparece dicha incapacidad.

La relatividad del concepto entonces da lugar a diferencias y semejanzas en el Derecho y legislación comparados.

El Código español de 1995, en sus artículos 19º, 20º.1, 20º.2 y 20º.3 nos regula lo concerniente al punto de la siguiente manera:

> «***Artículo 19º***.- *Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este código.*
>
> *Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*».
>
> «***Artículo 20º***.- *Están exentos de responsabilidad criminal:*
>
> *1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración síquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*
>
> *El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.*
>
> *2º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

[1187] TERRAGNI, *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*, cit., p. 132.

3º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

El legislador español aumentó el criterio de 16 años que se daba con el código derogado, a 18 años de edad y lo trata en un artículo independiente de los tres siguientes que comprende la anomalía psíquica.

Siguiendo la tendencia dominante, el legislador español conceptúa esencial la presencia en el presunto autor de la capacidad intelectual para comprender el carácter ilícito del acto y capacidad volitiva para estar en posibilidad de orientar la conducta conforme el entendimiento.

Sin definir lo que es imputabilidad, el legislador español previene en el 20º.1 con, 'cualquier anomalía o alteración psíquica' que le impiden 'comprender al autor la ilicitud del hecho, o actuar conforme a esa comprensión'.

La muy amplia y abierta locución 'cualquier anomalía o alteración psíquica' se limita con la exigencia de comprensibilidad y autocontrol, siguiendo la tesis del 'efecto psicológico', pues «se admite la dolencia precedente o concurrente, pero en cualquier caso debe ir conectado al hecho delictivo concreto, y no tanto o exclusivamente al autor»[1188].

Se comprende además en el artículo 20º.1, que comentamos, el trastorno mental transitorio, «siempre que este no haya sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o que al provocarlo hubiera previsto o debido prever su comisión»[1189].

El artículo 20º.2 del código bajo comentario, pudiendo entenderse su contenido como previsto en el numeral 20.1, se le ha diferenciado y dado autonomía a causa del marcado y devastador asunto

---

[1188] SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, Vol. I, p. 117.

[1189] Ibídem, p. 120.

de la 'delincuencia derivada' por alcohol o drogas, que se está presentando en la España postfranquista.

El legislador español, al darle autonomía al acápite, ha tomado en cuenta que la drogodependencia produce tres efectos básicos[1190]:

a. Debilita, disminuye o anula las facultades psíquicas del sujeto.

b. Aparecen los efectos generales por los estados carenciales de modo que el drogodependiente anhela y ansía de forma imperiosa o acuciante la ingesta de droga, produciendo en el adicto pérdida o disminución de los frenos inhibitorios.

c. La adicción prolongada deviene en dolencia per se, en enfermedad mental propiamente dicha.

El artículo 20º.3 del Código Penal español, trata de las alteraciones de la percepción a la que trata en su índole sensorial –no psiquiátrica– en el sentido en que para el legislador español, «una percepción alterada puede influir negativamente sobre la capacidad de comprensión del individuo, sobre su facultad cognoscitiva o intelectiva que son la base de la imputabilidad»[1191].

El Código Penal argentino nos dice en su artículo 34º que no son punibles:

> «*El que no haya podido en el momento de los hechos, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*
>
> *En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.*

[1190] Ibídem, p. 126.

[1191] Ibídem, p. 131.

En los demás casos en que se absuelve a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso»[1192].

El dispositivo que comentamos no es lo técnico que debiera pues resulta reiterativo desde que menciona insuficiencia de facultades y alteración morbosa de las mismas al lado de estados de inconciencia, error e ignorancia, pues se equipará como causa de inimputabilidad eventos como la deficiencia mental, la enfermedad mental o la perturbación de la conciencia con el error de hecho. Sin embargo, algún sector de la doctrina pudiera apoyar esta tesis. Labatud Glena, al respecto dice:

«La culpabilidad queda integrada por la imputabilidad, la cognoscibilidad de la antijuridicidad de hecho, y por tanto, queda incluida la teoría del llamado error de derecho o de prohibición, según la moderna terminología y, por último, la inexigibilidad de otra conducta. Se adscribe, entonces, la teoría finalista, a la llamada teoría normativa de la culpabilidad, según la cual la culpabilidad implica fundamentalmente un juicio valorativo y no una relación sicológica con el hecho»[1193].

El Código Penal de Bolivia (Ley Nº 1768 de fecha 10 de marzo de 1997), establece en su artículo 17 que está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia, no puede comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo con dicha comprensión.

Con ello, el legislador modifica el poco texto técnico del artículo 17º del Código Penal boliviano anterior (D.L. Nº 10426 del 6 de agosto de 1973), que como decíamos en ediciones anteriores definía al inimputable como:

1. Enajenación mental.- El que en el momento de cometer el hecho no haya podido comprender la criminalidad del acto

[1192] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 114.

o inhibir sus impulsos delictivos, a causa de enajenación mental.

2. Intoxicación crónica.- El intoxicado crónico por alcohol o estupefacientes, cuando se hallare en estado al que se refiere el inciso anterior.
3. Sordomudez y ceguera.- Asimismo el sordomudo y el ciego de nacimiento sin instrucción.
4. Embriaguez.- El ebrio, cuando la embriaguez sea plena y fortuita.
5. Indio selvático.- El indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización.

Debiéndose haber unido los incisos 2 y 4 bajo trato de más alcance de trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad que incluya eventualidades como la del miedo u otra emoción violenta pues «el trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad puede provenir de causas muy diversas, que sería imposible mencionar. Entre las emociones que según su intensidad pueden llegar al trastorno mental y hasta el extremo de ausencia de acto, cuéntese el miedo»[1194].

En cuanto al inciso 5 del Código Penal derogado, el legislador boliviano modificó la regulación discriminatoria respecto del indio selvático, lo que como decíamos podría más propiamente tratarse del error culturalmente condicionado.

El Código de Bolivia menciona en su artículo 18º la semiimputabilidad para «cuando los casos a que se refiere el artículo anterior (el 17º) no excluya totalmente la capacidad de comprender o de querer del agente sino que la disminuyan notablemente»[1195].

[1193] LABATUT GLENA, *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, p. 116.

[1194] BUNSTER, Alvaro, «En torno de la imputabilidad penal», en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Nº 11, México, 1987, pássim.

[1195] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 114. Además, veáse el texto del artículo 18 del Código penal boliviano en el anexo.

La fórmula del nuevo Código Penal de Colombia de 2000 es, además de escueta suficientemente abarcadora pues el artículo 33º contiene el concepto de inimputabilidad al decir:

> «***Artículo 33.- Inimputabilidad.*** *Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.*
>
> *No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.*
>
> *Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil*».

Conjugando en un solo artículo, la fórmula del Código Penal derogado de 1980 que en su artículo 31º establecía que «*es inimputable quien en el momento de efectuar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental*», y en su artículo 32º señalaba que «*cuando el agente hubiere preordenado su trastorno mental responderá por el dolo o culpa*»[1196].

Comprende la noción tanto la deficiencia mental profunda (inmadurez psicológica) como el trastorno mental propiamente dicho.

La fórmula escogida por el legislador colombiano es la psicológico-normativa y se comprende en ella los criterios médico-psiquiátricos, psicológicos, jurídicos, antropológicos y sociales.

El legislador colombiano opta por dos categorías nosológicas suficientemente diferenciadas y generales, a la manera del tipo abierto: inmadurez psicológica y trastorno mental, la concomitancia de estos padecimientos con la ejecución del hecho le imprime a la fórmula su índole normativa.

El concepto de trastorno psicológico, remite al juzgador a la psiquiatría médica y psicología clínica aunque con holgura suficien-

---

[1196] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 132.

te como para no sujetarlo a la noxa psiquiátrica dominante y permitirle una adecuación razonable a la exigencia del ordenamiento jurídico-penal colombiano libre de ataduras reduccionistas.

La noción de inmadurez psicológica empleada por el legislador colombiano es, sin embargo, equívoca porque o se entiende por ella aquello a que la psicología evolutiva y general se refiere cuando describe a la falta de maduración de las emociones, sentimientos y tendencias que hacen de su titular una persona infantil, o se le da a la fórmula empleada por el codificador, una interpretación psicosocial y acaso antropológica por virtud de la cual se alude a inmadurez de orden cultural en orden al contexto social pluricultural, con hegemonía determinada que sirve de paradigma al orden jurídico.

El Código Penal colombiano de 1980 (Decreto Ley Nº 100), hoy derogado, señalaba en su artículo 96º:

> «***Artículo 96º.- Otras medidas aplicables a los inimputables.*** *A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola. Esta medida (tendrá un mínimo de un (1) año de duración y un máximo indeterminado) se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida.* ***Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez sicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural***»[1197] (el resaltado es nuestro).

Aludiendo al 'indígena inimputable' por inmadurez psicológica, lo que fue declarado 'exequible' por la Corte Constitucional en 2002, al sostenerse que la «inimputabilidad no se deriva de la incapacidad personal sino de una cosmovisión diferente.

[1197] Cfr. *Código Penal*, citado en: «Multiculturalidad y política criminal andina. Un enfoque desde los Derechos Humanos», ponencia presentada por TAPIA GÓMEZ, Ariel Alejandro, en: http://www.naya.org.ar/congreso2004/ponencias/alejandro tapia.htm_ftn23.

A diferencia de lo señalado en el artículo derogado antes citado, el artículo 73º dice:

> «***Artículo 73º.- La reintegración al medio cultural propio***. *Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca.*
>
> *Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores.*
>
> *Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección.*
>
> *En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito*».

Obviamente, la fórmula del derogado Código Penal colombiano de 1980 alcanza a los casos de minoridad, aunque para los menores de 18 años, el legislador construyó el derogado artículo 34º del Código Penal y el aún vigente artículo 165º del Código del Menor, que considera que los menores de 18 años son inimputables.

Igualmente, el artículo vigente como el derogado artículo 31º, comprende a los sordomudos.

El Código Penal de Costa Rica en el título correspondiente a la autoría opta por una fórmula excesiva en varios de sus aspectos, ya que nos dice en el artículo 42º que:

> «***Artículo 42º.***- *Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión y a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia, sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes*»[1198].

[1198] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 146.

En primer momento comprende el acto en su modalidad activa lo mismo que en la omisiva; en segundo lugar en el acotado artículo 42º a la inimputabilidad se le trata como surgida de la enfermedad mental o de grave perturbación de la conciencia abundando innecesariamente en la causa voluntaria o involuntaria que pueden causar este estado de grave alteración de la conciencia y limitando estas causas al alcohol o sustancias enervantes, omitiendo la emoción violenta explicable y no provocada.

El Código Penal de Cuba señala en su artículo 20º que:

«***Artículo 20º.-***

1. *Está exento de responsabilidad penal el que comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de estas causas no posee la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.*
2. *Los límites de la sanción de privación de libertad fijados por la ley se reducen a la mitad si en el momento de la comisión del delito la facultad del culpable para comprender el alcance de su acción o dirigir su conducta, está sustancialmente disminuida.*
3. *Las disposiciones de los dos apartados precedentes no se aplicarán si el agente se ha colocado voluntariamente en estado de trastorno mental transitorio por la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias sicotrópicas, ni en ningún otro caso en que pudiera haber previsto las consecuencias de su acción».*

Lo que implica que la eximente alcanza a la enfermedad mental en cualquiera de sus formas; al trastorno mental transitorio que desde luego y por su enunciado general, comprende todo género de causas (alcohol, estupefacientes, emoción violenta, etc.) y finalmente el retardo mental.

El Código Penal del Ecuador nos dice en su artículo 32º que:

«***Artículo 32º.-*** *Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si no lo hubiera cometido con voluntad y conciencia»*[1199].

[1199] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 152.

Lo que de manera afirmativa indica la sanidad mental en su aspecto cognitivo y conativo, como presupuesto de imputabilidad.

En su forma negativa el código acotado en su artículo 34º nos dice ampliando:

> «***Artículo 34º.***- *No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer.*
>
> *Si el acto ha sido cometido por un alienado mental, el juez que conozca de la causa decretará su internamiento en un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del ministerio público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado»*[1200].

Lo que resulta una fórmula suficientemente general y por tanto adecuada a la finalidad pues se centra la eximente en el *entendere* y *volere*, como presupuesto fundamental de la responsabilidad penal.

La fórmula del Código Penal ecuatoriano, en cambio, peca a nuestro criterio de reglamentarista pues detalla los supuestos de inimputabilidad desde que en su artículo 37º nos dice:

> «***Artículo 37º.***- *En tratándose de la embriaguez del sujeto activo de la infracción, o de intoxicación por sustancias estupefacientes, se observarán las siguientes reglas:*
>
> *1a.- Si la embriaguez, que derive de caso fortuito o fuerza mayor, privó del conocimiento al autor, en el momento en que cometió el acto, no habrá responsabilidad;*
>
> *2a.- Si la embriaguez no era completa, pero disminuía grandemente el conocimiento, habrá responsabilidad atenuada;*
>
> *3a.- La embriaguez no derivada de caso fortuito o fuerza mayor, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad;*

[1200] Loc. cit.

4a.- La embriaguez premeditada, con el fin de cometer la infracción, o de preparar una disculpa, es agravante; y,

5a.- La embriaguez habitual es agravante. Se considera ebrio habitual a quien se entrega al uso de bebidas alcohólicas, o anda frecuentemente en estado de embriaguez»[1201].

El código que nos ocupa además hace un detallado tratamiento de la inimputabilidad por embriaguez, eximiendo al bebedor fortuito que actúa privado de discernimiento y, por el contrario, agravando la responsabilidad del que actúa bajo estado de una embriaguez que es habitual en el autor.

Creemos inadecuada la mención a la imputabilidad restringida en el inciso 2 del artículo 37º glosado y solo para el caso de la embriaguez incompleta pues debió tratarse en artículo independiente y para el supuesto general de condiciones mentales disminuidas, añadiendo la situación en el artículo 35º del mismo código.

El Código Penal chileno en su artículo 10º trata de la inimputabilidad diciendo:

«***Artículo 10º.*** *Están exentos de responsabilidad criminal:*

1º El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.

2º El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil.

3º DEROGADO.

4º El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

[1201] Loc. cit.

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

5º El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

6º El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4º y 5º precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1º del artículo 440º de este código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141º, 142º, 361º, 365º, inciso segundo, 390º, 391º, 433º y 436º de este código.

7º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

8º El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.

9º El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

11. DEROGADO.

12. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.

13. El que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley»[1202].

El dispositivo en primer término alude al 'loco' o 'demente' lo que resulta una denominación demasiado coloquial y acaso vulgar. Más adecuado al propósito del legislador chileno hubiese sido emplear el término psicótico.

En segundo lugar se omite el caso del deficiente mental quien no necesariamente está privado totalmente de razón y en consecuencia su situación no se subsume en el inciso 1 que comentamos.

En tercer lugar se subsana la omisión del Código Penal chileno derogado en el cual no se mencionaba el caso de quien actúa por emoción violenta que trastorna seriamente su entendimiento o voluntad.

El código que nos ocupa, en cambio, incluye la minoría de edad como eximente (menor de 18 años de edad), señalando que la responsabilidad de los menores de 18 años y mayores de 14 años se regula por la ley de responsabilidad penal juvenil.

El Código de El Salvador señala en su artículo 27º que:

«***Artículo 27.-*** *No es responsable penalmente:*

1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;

[1202] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 152. El inciso 3 del artículo 10º del Código penal chileno ha sido derogado por la Ley Nº 20084 del 7 de diciembre de 2005.

2) *Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurran los requisitos siguientes:*

   a) *Agresión ilegítima;*

   b) *Necesidad razonable de la defensa empleada para impedirla o repelerla; y,*

   c) *No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa;*

3) *Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;*

4) *Quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes:*

   a) enajenación mental;

   b) grave perturbación de la conciencia; y,

   c) desarrollo psíquico retardado o incompleto.

   En estos casos, el juez o tribunal podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad a que se refiere este Código. No obstante la medida de internación sólo se aplicará cuando al delito corresponda pena de prisión; y,

5) *Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó; y,*

6) *Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos»*[1203].

[1203] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 148.

Lo que implica una fórmula general que apunta al requerimiento de entendimiento y voluntad y la sucesión de causales que pueden originar y entre las cuales no aparece v. gr. la emoción violenta, y más bien distingue entre desarrollo psíquico retardado (retardo mental) del desarrollo psíquico incompleto (sordomudez).

A su turno la fórmula por la que opta el Código de Guatemala nos parece precisa, gracias a su generalidad.

Nos dice el Código de Guatemala:

*«**Artículo 23º**.- No es imputable:*

1. *El menor de edad.*
2. *Quien en el momento de la acción u omisión, no posea a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental haya sido buscado de propósito por el agente»*[1204].

Se incluye en el acotada la inimputabilidad por minoría de edad y las condiciones de desarrollo psíquico incompleto (que puede aunque no lo menciona el texto, acoger al sordomudo); retardo mental y trastorno mental transitorio (que puede acoger la embriaguez y la emoción violenta), para terminar excluyendo el *actio libera in causa.*

El Código de México en su artículo 15º nos dice:

*«**Artículo 15º**.- El delito se excluye cuando:*

I.- *El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;*

II.- *Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;*

III.- *Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:*

[1204] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 161.

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo;

IV.- *Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.*

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- *Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;*

VI.- *La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;*

VII.- *Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere*

preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69º bis de este código.

VIII.- *Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;*

A) *Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o*

B) *Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.*

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66º de este código;

IX.- *Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o*

X.- *El resultado típico se produce por caso fortuito*»[1205].

La fórmula poco técnica empleada por el Código Penal mexicano derogado, al no incluir el estado de alteración mental crónico ha sido subsanado con este artículo.

Por otra parte, el supuesto de inconciencia de los actos no tiene por qué comprender la capacidad conativa de actuar o determinarse conforme esa conciencia.

Nos llama la atención además, que el legislador mexicano refiriéndose al agente de la infracción utilice el vocablo 'acusado' pues este vocablo tiene una connotación procesal concreta, vinculada a instancia de juzgamiento a la que podría no llegar precisamente por la inimputabilidad declarada previamente.

[1205] Loc. cit.

El Código de Nicaragua opta por la fórmula general del entendimiento del acto y la sana y cabal autodeterminación del acto como presupuesto de responsabilidad, añadiendo la causal por minoría de edad (10 años de edad) para la inimputabilidad absoluta y mayor de 10 años de edad y menor de 15 para la imputabilidad sujeta a la comprobación del discernimiento concomitante al acto.

Nos dice el Código que comentamos en su artículo 28º lo que sigue:

«***Artículo 28º***.- *Están exentos de responsabilidad criminal:*

1. *El que por enfermedad mental o una grave alteración de la conciencia no posee en el momento de obrar, la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación;*
2. *El menor de 10 años;*
3. *El mayor de 10 años y menor de 15 años, a no ser que conste que haya obrado con discernimiento*»[1206].

El Código Penal alemán nos dice:

«***Numeral 19***.- *Es inimputable quien en la realización del hecho todavía no tiene catorce años de edad*».

«***Numeral 20***.- *Actúa sin culpabilidad quien en la realización del hecho es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de actuar según esta comprensión, debido a una profunda perturbación de la conciencia o por debilidad mental u otra grave desviación mental*»[1207].

Incluyendo como causal de inimputabilidad al menor de 14 años de edad. En el numeral 20 se adopta la fórmula general del entendimiento y voluntad como presupuesto de culpa.

El Código de Venezuela en su artículo 62º nos dice:

[1206] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 168.

[1207] Loc. cit.

*«**Artículo 62º.**- No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos.*

Sin embargo, cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo»[1208].

Incluyendo en su fórmula general la causal del acto dormido y además establece la medida de seguridad para el acto grave del enajenado mental.

El texto acotado confunde aspectos negativos del acto, como elemento de delito, con los elementos negativos de la capacidad de culpabilidad que es la que debiera considerarse en la disposición tratante de la inimputabilidad.

El Código de Uruguay nos dice:

*«**Artículo 30º. Locura.**- No es imputable aquel que en el momento que ejecuta el acto por enfermedad física o psíquica, constitucional o adquirida, o por intoxicación se hallare en tal estado de perturbación moral, que no fuere capaz o solo lo fuere parcialmente, de apreciar el carácter ilícito del mismo o de determinarse según su verdadera apreciación. Esta disposición es aplicable al que se hallare en el estado de espíritu en ella previsto, por influjo del sueño natural o del hipnótico.*

***Artículo 31º. Embriaguez.**- No es imputable el que ejecuta un acto en estado de embriaguez, siempre que esta fuere completa y estuviere determinada por fuerza mayor o caso fortuito.*

***Artículo 32º. Ebriedad habitual.**- El ebrio habitual y el alcoholista, serán internados en un asilo. Se considera ebrio habitual el que se*

[1208] BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal comparado*, cit., p. 185.

embriaga periódicamente y en ese estado comete delito o provoca escándalo, tornándose peligroso.

Se reputa alcoholista al que por la costumbre de ingerir alcohol, sin llegar a la embriaguez, hubiera cometido el hecho en el estado previsto en el artículo 30º del código.

Artículo 33º. Intoxicación.- *Las disposiciones precedentes serán aplicables a los que, bajo las condiciones en ellas previstas, ejecutarán el acto bajo la influencia de cualquier estupefaciente.*

Artículo 34º. Minoría de edad.- *No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años.*

Artículo 35º. Sordomudez.- *No es imputable el sordomudo antes de haber cumplido los 18 años, ni después, cualquiera fuere su edad, en las condiciones psíquicas previstas por el artículo 30º».*[1209].

La fórmula uruguaya abunda en detalles que pudieran ser incluidos en una redacción más general y omnicomprensiva, sin embargo, la inclusión de la enfermedad física es importante pues permite subsumir de manera especial cierto género de afecciones orgánico-cerebrales (v.gr., epilepsia). Por otro lado, es irrelevante al asunto si la psíquica o física es adquirida o heredada.

La fórmula incluye además el acto bajo sueño (natural o inducido hipnóticamente), y al ebrio. Se incluye además al sordomudo de manera poco técnica pues exime al sordomudo irresponsabilizando por igual que al menor o mayor de 18 años de edad, lo que es innecesario.

III. EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

El entendimiento del carácter antijurídico del comportamiento que debe tener el autor es fundamental para el reproche, que es en lo que consiste la culpabilidad.

No obra culpablemente el que desconoce que la conducta que protagoniza está prohibida o es constitutiva de un 'injusto'. Así, Gómez

[1209] Loc. cit.

Benítez nos dice que «solo cuando el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su hecho, podrá predicársele que actuó en condiciones de reprochabilidad personal»[1210].

Este desconocimiento de la antijuridicidad del comportamiento que debe amparar al agente, debe ser 'plausible en el caso concreto' y corresponderse además, con un estado gnósico usual, a la manera del profano, de la norma atacada con el comportamiento no culpable. «Por eso, cuando el agente no sabe ni puede saber que su conducta contradice los mandatos y las prohibiciones contenidas en las normas jurídicas no se puede exigir en su contra un juicio de exigibillidad»[1211].

Como quiera entonces que para la exigibilidad se parte de un conocimiento general (usual decíamos) y naturalmente viable, de la antijuridicidad del comportamiento, el asunto no plantea mayores problemas.

Normalmente, quien realiza un tipo penal, lo hace sabiendo que contraviene una norma, lo hace en el estado psicológico de estar haciendo algo prohibido, salvo hipótesis específicas en que resulta natural desconocer la ilicitud de su hacer, por motivos culturales, o por referirse la infracción a normas que no son esenciales a la convivencia.

La función motivadora de las normas solo tiene caso para un destinatario con conciencia de la prohibición.

Hay dos formas de desconocimiento de la antijuridicidad de un acto[1212], a saber: error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado.

1. Error de prohibición

Se llama error de prohibición al que padece el autor de un injusto cuando cree actuar con arreglo a derecho, por desconocer la

---

[1210] GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, cit., p. 99.

[1211] VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 497.

[1212] La doctrina dominante los trata sin embargo, como uno solo (nota del autor).

norma prohibitiva o conociéndola, cree que lo ampara una causa de justificación permisiva.

En la primera hipótesis, el agente padece un error de prohibición directo, en cuanto está directamente referido a la norma prohibitiva que ignora.

En el segundo supuesto, el autor padece un error de prohibición indirecto pues la referencia no es a la norma prohibitiva, sino a las causas de justificación.

Nosotros compartimos esta tesis, cuando se indica que el error está referido entonces al desconocimiento que tiene el autor de la desaprobación jurídico-penal del acto, por lo que únicamente basta el error sobre la 'antijuridicidad material'[1213] no siendo necesario el que pudiera recaer sobre la punibilidad correspondiente al acto.

Por el contrario, para Bacigalupo, «la antijuridicidad material resulta insuficiente para la caracterización de la desaprobación jurídico-penal del hecho. Esta depende sustancialmente de la amenaza penal para la realización del hecho, es decir, de su punibilidad»[1214].

Se trata de un logro garantista del Derecho moderno, pues como dice Felip i Saborit, profesor de la Universidad Pompeu Fabra, «es un paso muy importante en el proceso de subjetivización de la responsabilidad penal al acentuarse la vinculación de la existencia y la medida de dicha responsabilidad a las capacidades individuales concretas»[1215] y añade con razón que «ello supone también un avance garantista en la protección del ciudadano frente al Estado, que intenta muy a menudo que los costes de la conjunción normativa creada por el mismo corran a cargo de los súbditos; estos, sin posibilidades reales de entrar el castigo, queden atrapados bajo la hipertrofia legislativa»[1216].

[1213] Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 366.

[1214] BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 153.

[1215] FELIP I SABORIT, David, *Error juris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 22.

[1216] Loc. cit.

Para Teresa Manso Porto, desde una perspectiva preventivo-general, la validez de las normas penales se basa en su eficacia social, esto es, que la reconozcan sus destinatarios, que se apliquen por el sistema y que se ejecuten sus consecuencias, con lo que recién entonces son reales[1217]. De este hecho se desprende de modo natural, que el requisito de una norma para que sea real, es que sea conocida[1218].

El error de prohibición lo contiene el Código Penal en el segundo párrafo del artículo 14º y lo denomina «error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal».

Dos son los tipos de error de prohibición admitidos por el acotado artículo 14º del Código Penal: error de prohibición invencible y error de prohibición vencible.

Estamos a que el primero de ellos, el invencible o inevitable, elimina de manera absoluta la responsabilidad (culpabilidad), pues ocurre cuando al agente, actuando este con la diligencia ordinaria, le es imposible advertir la antijuridicidad de su injusto. La determinación de este estado psicológico corresponderá al juzgador quien apreciará las circunstancias personalísimas del autor, como su extracción sociocultural, grado de instrucción, edad, nacionalidad, etc. Es concluyente al respecto Maurach cuando dice que «el error de prohibición inevitable conduce necesariamente a la absolución»[1219].

Estamos en cambio frente al error de prohibición vencible o evitable cuando, estando el agente en posibilidad real y objetiva –según criterio medio además– de salir de su ignorancia no hace algo al respecto y perpetra el injusto. Aquí se le reprocha al autor no haber aprovechado, con una conducta medianamente prudente, cerciorarse de su error. Por ello se atenuará la pena en su caso, pero se le impondrá de todas formas.

[1217] MANSO PORTO, Teresa, «Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal», en: *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 10.

[1218] Loc. cit.

[1219] MAURACH *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, p. 147. Cfr. PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 433.

Nieto Martín, siguiendo a Rudolphi, plantea que la evitabilidad del error deja de considerarse como una cuestión exclusivamente de índole psicológica o personal, para dar entrada a consideraciones de política criminal[1220], con lo que normativiza el elemento subjetivo, de cara a criterios preventivos.

La solución dada por el legislador peruano a supuestos de error vencible, es la de la 'circunstancias extraordinarias de atenuación'.

a. Modalidades del error de prohibición

El error de prohibición puede recaer en diversos aspectos relacionados con la norma jurídica.

a.1. Error sobre la existencia de la norma

En este supuesto, el autor llanamente desconoce la existencia de la norma y en consecuencia ignora la prohibición recaída en su comportamiento. Por ejemplo, tal cosa le ocurre al extranjero que desconoce la norma que tipifica la tenencia ilegal de armas y las porta.

a.2. Error sobre la eficacia de la norma

En este caso, el agente la considera inaplicable a su comportamiento por diversas causas entre las que pueden considerarse:

i. La creencia errónea de estar amparado por una causa de justificación. Por ejemplo, el que cree lícito matar al malhechor que ingresa a su casa para robar por el solo hecho del ingreso.

ii. La creencia errónea de considerarse amparado por una norma de mayor jerarquía. Por ejemplo, el juez que no aplica una ley de amnistía por considerarla anticonstitucional.

iii. La creencia errónea de estar amparado por una causa de inculpabilidad. Por ejemplo, el caso de quien cree que ma-

[1220] NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 159.

tar por piedad a un enfermo terminal, quien le ruega al agente poner fin a sus días, está permitido.

iv. La creencia errónea de estar amparado por una disposición autoritativa o por disposición de la ley. Por ejemplo, el policía que cree estar facultado a detener sin orden judicial ni flagrancia, al sospechoso de un delito grave, ocurrido con anterioridad.

b. Error de prohibición en la doctrina

El afronte del error de prohibición evolucionó desde que un enfoque causal naturalista lo trató como 'error de derecho' en contraposición al 'error de hecho'.

El error de derecho recaía sobre la antijuridicidad, es decir, sobre los aspectos jurídicos del comportamiento en el entendido que los aspectos fácticos del mismo estaban comprendidos en la tipicidad. El aforismo *error iuris nocet* (la ignorancia del Derecho no excusa), que imprimió en los códigos y en la doctrina un desarrollo de imperturbabilidad en supuesta salvaguarda del orden social y público, devino en inaplicable con el transcurso del tiempo y el advenimiento de multiplicidad de normas penales en blanco, necesarias a la nueva complejidad social y económica que remitían sucesiva y dinámicamente a normas extrapenales administrativas de lo más variado, sino que al ser desconocidas por el agente se reputaba error de hecho antes que de derecho.

Con el desarrollo de la teoría del delito, y el tránsito de un modelo epistémico causalista al finalista, se trocó la clasificación inicial por la de 'error de tipo' y 'error de prohibición', con lo que, según Paredes Pérez, «el error de tipo se extiende a todo el contenido de la tipicidad. Al tipo objetivo con sus elementos normativos, valorativos, fácticos, y al tipo subjetivo, compuesto por el dolo y la culpa. El error de prohibición, por su parte, está referido a la antijuridicidad»[1221].

[1221] PAREDES PÉREZ, Jorge M., *Para conocer el Código Penal*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1995, p. 71.

Como anota Bustos Ramírez, «los términos error de hecho y de derecho no son homologables con los de tipo y de prohibición, ya que el error de prohibición está referido a la antijuridicidad, en cambio, en principio, el error de derecho podría referirse tanto a problemas de derecho de la tipicidad como de antijuridicidad»[1222].

La dogmática moderna distingue respecto del error entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad. «Para la teoría del dolo, el error, tanto si era error de tipo como si era de prohibición, recibía el mismo tratamiento»[1223] pues se comprende dentro de ella «tanto el conocimiento actual de la tipicidad, como el conocimiento actual del injusto»[1224].

La teoría del dolo es un derivado natural del modelo causal de la acción pues lo tiene como una modalidad de culpabilidad (la otra modalidad es la culpa. Dolo y culpa como elementos de la culpabilidad), por lo que el error vencible, sea de prohibición o de tipo, excluye el dolo, dejando subsistente la imprudencia.

La teoría de la culpabilidad, en cambio, derivado natural de la teoría final de la acción, discierne claramente entre el error de prohibición y el de tipo, de modo y manera que siendo el error de prohibición vencible, atenúa la culpabilidad, pero no convierte un tipo doloso en uno culposo.

El Código Penal peruano de 1991, a tenor de su artículo 14º sigue la tesis de la culpabilidad pues el precepto en la línea final del segundo párrafo permite la rebaja de la pena por concurrencia incompleta de la eximente, de donde surge, conforme a soluciones político-criminales adecuadas, que el error de prohibición vencible determina la atenuación de la culpabilidad antes que una consecuencia punitiva conforme el delito culposo.

No pierda de vista, que lo que nos ocupa es el error normativo que pudiera presentarse más fácilmente en la omisión del deber de

---

[1222] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 346.

[1223] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 161.

[1224] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 347.

socorro (artículo 126º), sustracción de menor (artículo 147º), omisión de asistencia familiar (artículo 149º), coacción (artículo 151º), etc., donde la imprudencia es impune pero no la comisión imprudente del hecho (como cuando se está ante el homicidio y lesiones culposas o imprudentes) (artículos 111º y 124º respectivamente).

2. El error de comprensión culturalmente condicionado

Consideramos este género de error una modalidad de desconocimiento de la antijuridicidad antes que una modalidad del error de prohibición[1225].

El instituto legal se lo debemos al profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, y atiende el caso de la incomprensibilidad de la norma o su no internalización por distancia cultural.

En el Perú, el caso del consumo por masticación de hoja natural de coca por la población andina, haría de una norma prohibitiva de su consumo, una culturalmente incomprensiva para esta población, a quien no podría reprochársele este género de consumo pues no cabe exigírsele la comprensión de la prohibición de la conducta de 'chacchar' la coca, como se le conoce a la práctica de su masticación.

Lo mismo podría ocurrir frente a las prácticas sexuales tempranas en parajes recónditos de la selva peruana, donde podría ser de difícil internalización las normas prohibitivas de las mismas.

Se fundamenta la fórmula bajo estudio en la vastedad territorial del Perú y concretamente en su multiplicidad geográfica, étnica, social, psicológica, cultural y lingüística, que pone en entredicho su existencia nacional.

El Perú, plural por definición, sirve de permanente escena a una pluralidad jurídica pues perviven en contradicción, el consuetudo con el derecho positivo moderno e influenciado, hoy más agresivamente que antes, de los polos económicos desarrollados.

El Código Penal peruano regula este instituto en su artículo 15º que dice:

[1225] En contra ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, pp. 544-549.

*«**Artículo 15º**.- El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».*

Comprende el texto glosado una eximente absoluta cuando por causa cultural o de costumbre el agente no está en condiciones de comprender el carácter delictuoso de su comportamiento o, comprendiéndolo, no es capaz de determinarse con arreglo a esa comprensión.

El primer supuesto es el de la incomprensibilidad, es decir, es el de la incapacidad cognitivo-cultural de asimilar o comprender la norma. El segundo supuesto presupone la comprensión, pero a la luz de su experiencia de vida le resultaría al autor, inconcebible, ininternalizable, como pauta conductual a seguir.

En cuanto a la 'conciencia disidente' a que hace alusión Zaffaroni, diciendo de ella que: la vive «quien obra como resultado de un esquema general de valores distinto del nuestro, tiene en algo al menos reducida su capacidad de internalizar la antijuridicidad»[1226], basta decir que no se asimila esta vivencia con la del error culturalmente condicionado, pues con ese 'amparo' se terminaría por oponer la eximente a los diversos injustos en los que incurren un sinnúmero de modalidades de fundamentalismo político, cuyos militantes ciertamente comparten 'esquemas de valores distintos del nuestro'.

No creemos pues, en modo alguno, que la llamada conciencia disidente a la que alude Zaffaroni en la obra citada, lo mismo que Peña Cabrera en la suya de 1995[1227], sea una modalidad del error culturalmente condicionado que nos ocupa.

[1226] Loc. cit.

[1227] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 436.

IV. LA NO EXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA

Las normas son, en principio, exigibles a la totalidad de ciudadanos y es precisamente esta exigibilidad el fundamento del reproche al renuente.

Hay situaciones en la vida de los hombres que introducen serias variaciones en los supuestos conforme a los cuales se les puede exigir la sujeción a la norma. Estas situaciones límite, acarrean la inexigibilidad de otra conducta.

«Se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él»[1228] al que no está obligado por motivos de oficio o cargo.

El caso de la *tabula unius capax* o tabla de Carnéades (en alusión al sofista Carnéades) es descrita por Hecatón e ilustra clásicamente el asunto con dos náufragos asidos al madero flotante y salvador que solo soporta a uno de ellos. Uno le arrebata al otro la tabla de salvación para salvar su propia vida.

En efecto, «como se trata de males iguales, el problema no radica ya en la determinación de la proporcionalidad de los males o de los medios, sino en que al sujeto, desde una consideración *ex ante* de reacción normal frente a esa situación, no le quedaba otra alternativa posible, pues se trata precisamente de la exclusión de exigencia de una conducta»[1229].

La idea general de la inexigibilidad es la de entender que el Derecho penal y su ámbito de tutela, responde a situaciones fácticas y psicológicas 'medias' o 'normales' no siendo posible pretender heroísmo o sacrificios dramáticos y finales en salvaguarda de la norma.

El Derecho estima prudente comprobar antes de la formulación del reproche (como señalamiento de culpabilidad) que el autor

---

[1228] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 164.

[1229] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 353.

plenamente imputable, con adecuado conocimiento de la antijuridicidad de su acto, se encontraba en una situación en que le era exigible adecuar su conducta al Derecho, por el contrario, pasaba por una situación extrema de tal magnitud y gravedad que resultaba absurdo formularle el reproche.

«La culpabilidad supone que se le puede exigir al agente un comportamiento conforme a derecho, que será, por tanto, la base del reproche. En consecuencia, si no le es exigible esa conducta, la reprochabilidad no puede dirigirse contra quien, incluso voluntariamente, ha procedido antijurídicamente»[1230].

1. Causas específicas de inexigibilidad

a. El estado de necesidad disculpante

Este estado es uno que, conforme el principio de 'ponderación de bienes' nos coloca en la hipótesis de la colisión de bienes de igual valor y aunque no la justifica, disculpa la acción por la cual el titular de uno de esos bienes, y en salvaguarda del propio, sacrifica el del otro.

La situación de necesidad caracterizada por la evitación de un mal puede dar lugar a la destrucción de la misma cosa que ha originado la situación, de bienes jurídicos de un tercero ajeno a la creación del peligro o al incumplimiento de un deber[1231].

Propio de esta causa de inculpabilidad es la ya citada *tabula uniux capax* que hace argumentar a Cicerón: «¿Qué hará el hombre justo, en un naufragio, ante un pasajero menos robusto, que se apodera de una tabla?, ¿no se la arrancará a este desgraciado, para montar sobre ella y salvarse, sobre todo en alta mar y sin testigos? Si es juicioso, no dudará ¡si no, la muerte! Si prefiere perecer a poner su mano sobre otro hombre, da prueba de justicia, evidentemente, pero es un loco, que tomó por la vida ajena un cuidado que no tiene de la suya»[1232].

[1230] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. V, pp. 932-933.

[1231] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 573.

[1232] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. V, p. 380.

Veamos los siguientes casos:

a.1. Caso Medusa: «Ocurrió el primero en 1816. 'No éramos más que veinticinco –cuenta uno de los náufragos– y de este número solo quince parecían poder resistir algunos días; los demás, llenos de anchas heridas, habían perdido la razón totalmente; sin embargo, tomaban parte en las distribuciones y podían, antes de su muerte, consumir cuarenta botellas de vino (los náufragos no tenían más víveres); estas cuarenta botellas de vino eran, para nosotros, de un precio inestimable. Hubo consejo: poner los enfermos a media ración, era acelerar su muerte; dejarles sin víveres, era dársela inmediatamente. Después de una larga deliberación, se decidió que se les arrojaría al mar; el medio, por espantoso que nos pareciera a nosotros mismos, proporcionaba a los supervivientes seis días de vida'. Así se hizo. 'El sacrificio salvó a los quince que quedaron'. Ni siquiera se pensó en someterles a la justicia; tanta fue la piedad que inspiraron sus sufrimientos»[1233].

a.2. Caso de William Brown: «En la noche del 19 de abril de 1841, el navío de William Brown, yendo de Liverpool a América, tocó en un banco de hielo y se hundió inmediatamente. El equipaje[1234], y veintitrés pasajeros, tuvieron tiempo de meterse en una chalupa. Pero como la mar estaba gruesa, y la embarcación amenazaba sumergirse a causa del exceso de carga, el teniente Holmes arrojó tranquilamente, dieciséis personas al mar. Una especie de orden presidía estas crueles ejecuciones. Concedía unos instantes a los que lo pedían para hacer su última plegaria. Él se encargaba de hacer llegar el adiós a sus familiares. Pasajeros escapados del peligro, dijeron ante la justicia que se despojó de sus vestidos para cubrir a las mujeres, que no podían resistir el frío glacial de aquella noche funesta. Al día siguiente, un buque llegó en socorro suyo y les acogió a bordo»[1235].

[1233] Loc. cit.

[1234] El vocablo 'equipaje' significa 'tripulación' (nota del autor).

[1235] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. V, p. 380.

Jiménez de Asúa, comentando el caso y remitiéndose a la ocurrencia judicial que recayó en el mismo agrega: «Acusado ante la Audiencia de Filadelfia, Holmes fue declarado, por el jurado, culpable de homicidio sin premeditación, hecho que, según las leyes del país, no estaba castigado más que con la pena de cinco años de prisión. Este fallo entraña la más alta justicia. En él se reconoce que 'la necesidad no tiene ley', y que la muerte dada a un inocente en estado de necesidad 'ni siquiera es inmoral'. Pero en este caso el teniente Holmes, antes de sacrificar a los pasajeros, debió arrojar del bote a los marinos –que eran 10, de las 42 personas que lo ocupaban– dejando solo los estrictamente precisos para las maniobras. La sentencia era correcta, porque –como veremos luego– para que exista el estado de necesidad, es preciso que los que se hallan en el angustioso trance no estén obligados a sacrificarse, y el marinero lo está, puesto que solo navega en el buque para el pasajero»[1236].

a.3. Caso de la Mignonette: «Era el verano de 1884. El yate la *Mignonette* había salido de Southampton el 14 de mayo, con rumbo a Australia, donde había sido alquilado para un viaje bastante largo. El equipaje[1237] se componía de cuatro hombres: el capitán Dudley, el piloto Stephens, el marinero Brookes y el grumete Parker, de diecisiete a dieciocho años de edad. El 5 de julio, a 1600 millas, aproximadamente, del Cabo de Buena Esperanza, les sorprendió una violenta tempestad; apenas tuvieron tiempo de saltar a una chalupa, cuando el barco abandonado se hundió. Los cuatro hombres se encontraron solos en alta mar, a muchos centenares de leguas de la costa, en una pequeña embarcación, sin agua potable y sin más comestible que algunas latas, conteniendo dos libras de conservas, que el capitán había logrado salvar, exponiendo su vida. El cuarto día encontraron una pequeña tortuga. Con estos alimentos vivieron doce días; los dos siguientes pudieron engañar la sed con ayuda de algunas gotas de agua de lluvia, recogidas en sus capas impermeables. Después, nada. El decimoctavo día, como sus sufrimientos se hicieron más atroces,

[1236] Loc. cit.

[1237] Equipaje significa en el texto 'tripulación' (nota del autor).

los tres hombres deliberaron sobre el partido que se tomaría si no llegaba algún socorro, y hablaron de sacrificar a uno de ellos para prolongar la vida de los otros; el grumete Parker, enfermó por haber bebido agua de mar, yacía inerte en el fondo de la canoa y no tomó parte de las discusiones. El decimonoveno día el capitán Dudley propuso echar a suerte la víctima, pero Brookes se opuso, declarando que, así como él no deseaba ser muerto, tampoco quería que otro lo fuese. Dudley y Stephens hicieron observar, entonces, que como ellos tenían mujer e hijos, era preferible sacrificar al muchacho, y Dudley decidió que al día siguiente se procedería a su ejecución, si no estaba a la vista navío alguno. El grumete, casi sin conocimiento, nada había oído. Y al siguiente día, como ningún barco apareciese, el capitán hizo comprender por señas a los dos hombres que el momento había llegado; solo Brookes hizo un gesto de desaprobación; Stephens indicó que aprobaba, pero no tenía el valor de ejecutar la muerte. Entonces Dudley se aproximó al joven, que yacía, casi inanimado, en una debilidad extrema, y después de prepararle, con algunas palabras, para el fin que le esperaba, implorando para él el perdón de Dios, le hundió el cuchillo en la garganta. Los tres hombres se precipitaron sobre el cadáver, bebiendo con avidez la sangre caliente que se escapaba de sus heridas. El mismo Brookes, si bien no había tomado parte en el homicidio, la tuvo, por lo menos, en el horrible festín. Cuando llegaban al día veinticuatro del naufragio –sostenidos hasta entonces por la carne del grumete– un buque alemán les recogió, en un estado de gran agotamiento»[1238].

Los casos en estudio, son características de un estado de necesidad exculpante, con la salvedad que comenta Jiménez de Asúa a propósito de la conducta del teniente Holmes en el caso de William Brown, pues los bienes en conflicto –vidas– son de igual valor, es así que «el estado de necesidad exculpante actúa sobre la culpabilidad, pues el ordenamiento jurídico no puede exigir, en estas circunstancias, al individuo otra conducta»[1239].

[1238] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. V, p. 457.

[1239] PAREDES PÉREZ, *Para conocer el Código Penal*, cit., p. 77.

El Código Penal peruano consigna este instituto en el inciso 5 del artículo 20º.

> «***Artículo 20º***.- *Está exento de responsabilidad penal:*
>
> *Inciso 5: El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.*
>
> *No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica*».

El artículo glosado contiene el instituto bajo estudio con las siguientes características:

1. El estado de necesidad exculpante ampara solo los bienes jurídicos de vida, integridad corporal y la libertad. Otros bienes jurídicos de menor importancia no están comprendidos en la inteligencia que los ampara la causa de justificación o el estado de necesidad justificante.

   Se entiende que la vida, la integridad corporal o la libertad locomotora, deben estar seria, grave y actualmente amenazadas.

2. El peligro que sufre el agente debe ser actual e inevitable, de otro modo distinto del que elige el autor al quebrantar la norma.

   Se comprende como peligrosa toda situación de la naturaleza o de los hombres, grave e inminente en términos probabilísticos, según apreciación del hombre-medio.

3. El peligro puede alcanzar a una tercera persona con la que no se esté estrechamente vinculado.

   Al no precisar el legislador la naturaleza de esta vinculación debe entenderse que comprende los derivados de la ley (matrimonio, concubinato, adopción, etc.) contractuales, consanguíneas, o simplemente afectivas.

4. Es finalmente un requisito de la inexigibilidad que el agente, por motivos de cargo u oficio, no esté obligado a aceptar o soportar el peligro, caso del bombero, del policía, médico, salvavidas, guías, jefes, ni que por haber provocado el peligro esté obligado a soportarlo.

b. Auxilio necesario

Este es previsto por el inciso 5 del artículo 20º del Código Penal peruano, consagra el necesario auxilio de terceros. En buena cuenta «es la impunidad de quien no hallándose en situación de necesidad acude en auxilio del que sí se encuentra en dicha situación»[1240].

Por su parte, Rodríguez Devesa nos dice que «el auxilio necesario puede darse en todas las hipótesis previstas para el auxilio propio»[1241].

La ley peruana, sin embargo, permite el auxilio de terceros cuando el autor del acto antijurídico tiene respecto del que sufre el estado de necesidad (peligro), una estrecha vinculación.

No es pacífico el punto relativo a su ubicación sistemática pues hay fuertes presiones por que se trate el tema como una causa de atipicidad e incluso como un supuesto de ausencia de acto.

c. Fuerza física irresistible

Prevista por el inciso 6 del artículo 20º del Código Penal, la fuerza física irresistible proviene de un tercero o de la naturaleza. La ley hace referencia a la «fuerza física absoluta» lo que no significa necesariamente que la fuerza sea exclusivamente de orden mecánico pues puede tratarse de aquella irresistible que doblega la decisión de la víctima; así, Bustos Ramírez señala que «lo importante es el efecto sobre la voluntad de la víctima, esto es, cualquiera que sea la forma de la fuerza (ya sea física o puramente moral, sea que se le amenace

---

[1240] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 165.

[1241] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 576.

con un revólver o con matar a su hijo), lo que interesa es que la víctima sea violentada o forzada de modo irresistible. Lo básico es la violencia sobre la voluntad de la víctima (la violencia como tal no necesariamente ha de ser física-mecánica, sino que puede ser de cualquier naturaleza, también psicológica, esto es, referida a los procesos de decisión del sujeto)»[1242].

Para estar en la modalidad de estado de inexigibilidad «el mal que se le amenaza es equivalente al que se le quiere hacer causar. Así, si *A* amenaza de muerte a *B* para que este mate a *C*»[1243].

Si la fuerza física irresistible fuera mecánica, estaríamos frente a una ausencia de acto.

d. Miedo insuperable

Previsto por el inciso 7 del artículo 20º del Código Penal, el miedo insuperable trata, en este punto del código, de una particular modalidad de eximente que se diferencia de la prevista en el numeral 1 del mismo artículo 20º que trata de la inimputabilidad a la que puede llegarse, vía el miedo, cuando por su causa, el que lo sufre altera gravemente su conciencia o altera su percepción psicotizándose de modo que no se da cuenta de estar protagonizando un injusto, o dándose cuenta de ello, no puede sujetarse al contenido de la norma que quebranta.

Se distingue a su vez de la eximente derivada de la ausencia de acto al que se puede llegar en determinados estadios del miedo.

«El miedo admite muy diversas gradaciones: temor, terror, espanto, horror, pavor, pánico. Sus efectos son también muy diversos. Puede paralizar, imposibilitar todo movimiento, hacer perder el habla privando de gritar pidiendo ayuda, incluso causar la muerte por la impresión sufrida. Puede engendrar reacciones psicógenas y auténticas psicosis. El miedo puede sobrevenir súbitamente o gestarse lentamente hasta llegar a ser insufrible. Cuando se traduce en una descarga muscular

---

[1242] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 355.

[1243] ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 559.

motriz, la reacción se muestra en muy variadas direcciones. El miedo conduce a veces al suicidio, o a la fuga alocada, o hace que el tímido acometa ciegamente contra aquello que le causa el terror que padece, contra terceras personas ajenas al suceso, o que se agite sin sentido en un vano intento por escapar a sus temores. Acuciado por el miedo, el sujeto pierde el sentido de la realidad, excitado por el deseo de huir del peligro que le amenaza. Las íntimas reacciones psicosomáticas se expresan en un sudor frío, la llamada 'piel de gallina', emisión de heces fecales y orina, temblores, sequedad en la boca»[1244].

La eximente que nos ocupa elimina la responsabilidad del agente, dejando intacta tanto su capacidad de culpabilidad (imputabilidad) cuanto el manejo conductual, por no serle exigible por el derecho la sujeción a la norma, visto el miedo grave en relación con un estímulo susceptible de provocarlo en el hombre medio.

En suma, podemos decir con Muñoz Conde que «el miedo al que aquí se alude, es aquel que aún afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación»[1245].

En cuanto a la insuperabilidad del miedo, ello debe significar objetivamente valorado, que el estímulo que lo provoca además de serio, real e inminente debe ser capaz de producir la respuesta de miedo en un hombre con entereza de espíritu normal o medio. «En la medida en que el sujeto sea un timorato o muestra una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente»[1246].

Silva Sánchez, nos da el caso del maquinista del tren que ante la proximidad de la colisión del mismo con otro tren, abandona su puesto. «Resulta probado que de no haberlo hecho y haber practicado las maniobras oportunas, se hubiera evitado los daños y perjuicios que sobrevinieron al chocar los dos trenes»[1247].

[1244] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 645.

[1245] MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, cit., p. 166.

[1246] Loc. cit.

[1247] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Sistema de casos prácticos de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 295 (citando Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de enero de 1909).

Finalmente, es propio del asunto que el agente trate de evitar un mal mayor o igual, requisito que habría que entenderlo solo parcialmente en forma objetiva, esto es, el mal igual o mayor debe ser referido en relación al efecto en el sujeto, no desde el punto de vista de una proporcionalidad objetiva entre males[1248].

e. Obediencia jerárquica disculpante

Conocida también como obediencia debida cuando se la ubica sistemáticamente como causa de justificación, la obediencia jerárquica no está prevista por el Código Penal, aunque la hipótesis de su presencia podría acogerla el genérico estado de necesidad disculpante.

En el texto peruano la orden jerárquica, cuando versa sobre materia antijurídica por ser manifiestamente ilícita no da lugar, si se cumple la orden, a una causa de inculpabilidad, salvo el estado de necesidad en la modalidad de inexigibilidad, de quien teme por su vida como llegó a ocurrir en la Segunda Guerra Mundial.

No se debe perder de vista que la doctrina rechaza la obediencia ciega o pasiva, por existir un derecho al examen de la orden, salvo en caso del error de quien cree actuar conforme a Derecho en donde se resuelve el asunto con la teoría del error, pero esta misma situación, en el ámbito militar puede imponer serios problemas.

El deber de examen comprende el derecho del subalterno de indagar aun cuando sea de modo general la legalidad formal y material de la orden que recibe, lo que no obsta para que en el ámbito militar y situaciones de guerra ese deber de examen se mantenga vigente en la práctica, dando lugar a situaciones disculpantes.

f. Consentimiento disculpante

No lo prevé el Código Penal pero opera la eximente bajo estudio como causa de inculpabilidad cuando el consentimiento dispone de bienes en principio inalienables como la vida y la integridad

---

[1248] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 354.

personal, aunque por presentarse en el marco de un estado de no exigibilidad de otra conducta, situación límite (suicidio, doble suicidio por amor, etc.), o acaso con amparo constitucional y por estarse eligiendo bienes jurídicos de mayor importancia (homicidio consentido y por piedad), resulta bien disponible.

En la actualidad, y bajo el amparo de una causa de inculpabilidad, países como Alemania, Suecia, Holanda, permiten el homicidio piadoso.

El maestro español Enrique Gimbernat Ordeig, examinando el Derecho penal vigente en España, llega a la conclusión que, no obstante ser el homicidio piadoso, formalmente típico, no es punible y nos dice que «ello es así porque, en los supuestos que nos ocupan, la acción eutanásica es la única manera de salvaguardar los derechos protegidos por la constitución»[1249].

En el mismo sentido se pronuncia Bacigalupo cuando dice «en verdad, el fundamento debería encontrarse en el derecho del paciente a una muerte digna, es decir, sin sufrimientos inhumanos[1250].

Entre nosotros Villavicencio Terreros, es del parecer que el legislador debió optar por la eximente en el homicidio piadoso[1251]. Este criterio lo suscribimos cabalmente, y abona la tesis según la cual el consentimiento opera también como causa de inculpabilidad, de allí su naturaleza mixta.

2. Particularidad de la exigibilidad en el delito imprudente

La culpabilidad como reproche a la conducta dolosa no motivada por la norma sirve de igual presupuesto de la conducta imprudente, cuando el caso es el que se produce por no haber el actor satisfecho el deber de cuidado.

[1249] GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 52.

[1250] BACIGALUPO, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, Madrid, 1994, p. 20.

[1251] VILLAVICENCIO TERREROS, *Código Penal*, cit., p. 71.

La inexigibilidad aparece en el delito imprudente de la misma manera que en el delito doloso, cuando en un contexto exculpante el comportamiento necesario a la solución del conflicto, «no repara evitablemente, en la consecuencia de muerte»[1252].

Las consecuencias en el injusto imprudente pueden ser otras al colisionar la motivación por el deber objetivo y subjetivo de cuidado, con otra motivación dominante aparecida en un contexto exculpante. Jakobs da el ejemplo «del trabajador que averigua, mientras realiza trabajos de soldadura, la noticia del grave accidente que acaba de padecer su hijo. Aterrado suelta la soldadura, aún encendida, y se produce el incendio»[1253].

La exigibilidad en el delito imprudente se hace extensiva a situaciones de ponderación de bienes. En el caso conocido como 'Leinenfänger' (en alusión al caballo de tiro) «el dueño de una cochera de carruajes de alquiler había dado orden al cochero que enganchase al coche un animal de esa índole y que saliese a prestar cotidiano servicio. Negase el cochero, temeroso de que la cabalgadura se desembocara y pudiera sobrevenir un accidente. El amo de la casa le reiteró la orden y le amenazó con despedirle inmediatamente si no obedecía.

El cochero cedió, pero, como había previsto, el caballo se desmandó durante el servicio. Sus esfuerzos para dominarlo con las bridas fueron inútiles, y perdió todo dominio sobre la bestia que, en su desalentado galopar, derribó a un herrero que estaba al lado de la calzada, causándole la fractura de una pierna»[1254].

La Reichsgericht, según sentencia del 23 de mayo de 1897 absuelve al acusado por estar en el supuesto de inexigibilidad como eximente.

[1252] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 709.

[1253] Ibídem, p. 710.

[1254] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. VI, p. 934.

Capítulo XX
CONCURSO DE DELITOS Y LEYES

SUMARIO: I. Concurso de delitos. 1. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos). a. Criterio finalista. b. Criterio normativo o teoría del sentido del tipo. 2. Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal). 3. Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real). 4. Pluralidad de acciones y unidad de delitos. a. Delito continuado. a.1. Naturaleza jurídica. a.2. Requisitos del delito continuado. b. Delito masa. **II.** Concurso de leyes.

I. CONCURSO DE DELITOS

1. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos)

En cualquier aproximación al tema del concurso debemos precisar cuándo concurre un hecho y cuándo concurren varios. Si se da un hecho en varios delitos tendremos un «concurso ideal de delitos», es decir, que habrá unidad de acción y pluralidad de delitos, sin embargo, si se está frente a una pluralidad de acciones y de delitos, es decir, varios hechos constitutivos de varios delitos, se estará en el «concurso real de delitos».

Asimismo, tenemos el caso de la variedad de acciones y la unidad de delitos como el delito continuado o el delito masa.

Resumiendo tenemos:

Un hecho	⇒	Varios delitos = concurso ideal
Varios hechos	⇒	Varios delitos = concurso real
Varios hechos	⇒	Un delito = concurso ideal impropio

Los criterios para la determinación de la unidad del hecho, luego de descartar el naturalístico radical consistente en identificar la unidad o variedad de acción con la de unidad o variedad de movimientos corporales, son:

a. Criterio finalista

Aquí lo determinante es la unidad de propósito en una sola dimensión témporo-espacial. La voluntad orientada hacia una finalidad, conforme apreciación objetiva de un observador imparcial y la experiencia de vida. Se trató de un enfoque ontonaturalístico moderado.

b. Criterio normativo o teoría del sentido del tipo

Aquí la unidad de acción se determina a partir del tipo penal, afirmándose el punto de vista jurídico[1255]. Si el propósito es uno, pero si con ocasión de alcanzarlo, se realizan otros tipos particulares habrá pluralidad de acción. Por ejemplo, en el acto de matar se realizan además el tipo penal de tenencia ilegal de armas de fuego.

2. Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal)

Lo rige el artículo 48º del Código Penal y se da cuando una sola acción realiza varios tipos penales (delitos).

El concurso ideal será homogéneo o heterogéneo dependiendo de cómo la acción vulnere varios tipos. Ejemplo de concurso ideal homogéneo lo tiene el caso de la granada de guerra que mata a varios en campo abierto. Ejemplo de concurso ideal heterogéneo lo da la violación sexual de mujer virgen provocándole lesiones, o el supuesto de un coche bomba en zona urbana que hace concurrir terrorismo, homicidio y daños.

«Habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho, para integrar

[1255] Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 997.

el presupuesto del concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos»[1256].

En el concurso ideal lo determinante será la unidad de acción aunque los propósitos o finalidades sean varias pues de lo contrario se confundirá el concurso ideal con el real.

La ley peruana (artículo 48º CP) resuelve el concurso ideal de delitos con la aplicación de la penalidad correspondiente al delito más grave, pudiendo incrementarse hasta en una cuarta parte, sin exceder de 35 años.

3. Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real)

El concurso real no sugiere mayores dificultades teóricas, pues estamos ante varios hechos o acciones, cada uno de los cuales constituyen un delito particular e independiente, aunque puedan merecer un solo procedimiento penal.

El concurso real de delitos puede ser homogéneo, cuando el autor comete en varias oportunidades el mismo delito. Por ejemplo, ha librado cheques sin fondo en varias oportunidades. O puede ser un concurso real heterogéneo cuando el autor ha realizado diversos tipos penales en distintas oportunidades. Por ejemplo, el autor un día roba, otro estafa, y en una tercera oportunidad lesiona.

El Código Penal peruano, regula lo concerniente al concurso real de delitos en su artículo 50º que dice: «Cuando concurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes se sumarán las penas privativas de la libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de los delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente esta.

Tenemos además el concurso real retrospectivo –del que da cuenta el artículo 51º del Código Penal–, el cual alude a quien, ya condenado, se le descubre un delito anterior a la condena. La solución

[1256] MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 481-482.

opta por procesar este delito sumando la pena que fije el juez para este ilícito con la anterior, por un máximo del doble de la pena del delito más grave, hasta un máximo de 35 años o cadena perpetua, según el caso en que uno de estos delitos haya merecido cadena perpetua.

4. Pluralidad de acciones y unidad de delitos

Hay una situación en la que parecieran concurrir varios delitos cuando en realidad de lo que se trata es de uno solo materializado por una pluralidad de acciones. Tal es el caso del delito continuado y del delito masa.

a. Delito continuado

En el delito continuado hay dos o más comportamientos homogéneos típicos, sucesivos en el tiempo, infractores de la misma norma jurídica. Se trata de un proceso continuado unitario[1257], o de una 'unidad jurídica de acción'[1258] o 'nexo de continuidad'[1259].

Se trata de una construcción teórica para darle solución al serio problema de precisar las conductas particulares de una comisión desarrollada en un periodo largo. Por ejemplo: el cajero de un banco hurta el dinero sistemáticamente durante un año.

Es requisito del delito continuado la unidad del sujeto pasivo [1260] con lo que se le distingue del delito masa que reclama una pluralidad de sujetos pasivos, en cuyo caso se aumentará la pena hasta en un tercio de la máxima para el delito más grave (artículo 49º del Código Penal, modificado por la Ley Nº 28726 del 9 de mayo de 2006).

a.1. Naturaleza jurídica

Para atender a la índole jurídica del delito continuado se han construido tres teorías:

[1257] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 657.

[1258] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 1217.

[1259] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 353.

[1260] MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 487.

i. ***La teoría de la ficción.***- Propone este modelo que el delito continuado es una ficción jurídica creada por razones prácticas a fin de resolver los innumerables problemas que acarrearía aceptar que se trate de una pluralidad de hechos que da lugar a un concurso real de delitos.

   Se origina esta formulación en Italia a instancias de las prácticas italianas de los siglos XVI y XVII.

ii. ***La teoría realista.***- Plantea esta teoría que el delito continuado por tener unidad subjetiva (único designio), y unidad objetiva (una sola lesión jurídica), constituiría una «unidad real de acción», y el que los hechos se lleven a efectos en distintos momentos ello solo compromete al modo de ejecución.

iii. ***Teoría del realismo jurídico.***- Admite este modelo que el delito continuado es una construcción jurídica, no prevista en la ley, pero derivada del consuetudo. Se admite la construcción jurídica, no como ficción, sino como instrumento práctico.

La ley peruana en el artículo 49º del Código Penal contempla esta modalidad delictiva diciendo que «cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente a este».

Sigue nuestro código la tesis del realismo jurídico de raigambre alemana.

a.2. Requisitos del delito continuado

Deben darse los siguientes requisitos:

i. Los actos individuales deben dirigirse contra el mismo bien jurídico[1261].

   La doctrina dominante se inclina a este punto por diferenciar dos grupos de delitos: aquellos que atacan la propiedad

[1261] STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I*, cit., p. 353.

y el patrimonio en el que será suficiente el ataque al mismo bien jurídico con prescindencia del titular del bien o sujeto pasivo. Por ejemplo: el carterista que hurta a diversos parroquianos, realiza un hurto continuado[1262].

Tratándose en cambio de bienes jurídicos «altamente personales»[1263] (vida, integridad corporal, libertad o indemnidad sexual), sí se requiere identidad del sujeto pasivo.

ii. Que los diversos actos particulares lesionen el mismo precepto penal o semejante.

Esto ocurre en los delitos continuados contra el patrimonio o contra la integridad personal, que pueden ser las formas agravadas o simples.

iii. Identidad específica del comportamiento delictivo así como nexo témporo-espacial de los actos individuales.

Se trata de una unidad de acción natural (todas acciones o todas omisiones, no aceptándose unas acciones y otras omisiones).

b. Delito masa

Estamos en este supuesto cuando la o las acciones en el marco de una unitaria voluntad criminal hubieran perjudicado a una pluralidad de personas, es decir, que con ocasión de la acción delictiva surgen una generalidad de agraviados o «sujeto pasivo masa»[1264].

Por ejemplo: el caso CLAE o el caso REFISA en que el tipo de la intermediación financiera o el de las defraudaciones perjudica a una pluralidad de personas.

El delito masa se distingue del continuado precisamente en la pluralidad de agraviados y normalmente versa sobre defraudaciones en masa. Sainz Cantero dice que el delito masa «es aquel en que el

---

[1262] Loc. cit.

[1263] Loc. cit.

[1264] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 660.

sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientemente constituirían cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas cuyos componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos»[1265].

Hace bien la doctrina en considerar al delito masa como uno paradigmático de concurso ideal impropio. Lo regula el artículo 49º del Código Penal.

II. CONCURSO DE LEYES

Hay casos en los que el autor realiza diversos tipos penales y entonces aparentemente varias leyes reclaman intervención. El ejemplo clásico es el del padre muerto por el hijo. Hay homicidio y parricidio. El principio de especialidad reclama se aplique el tipo penal del parricidio. Así «cuando uno o varios hechos constituyen varios delitos conjuntamente estimables, existe un concurso (ideal o real) de delitos.

Habrá, en cambio concurso de leyes cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos legales de las que solo uno puede aplicarse»[1266].

Los principios para resolver el concurso de leyes son:

- ***Principio de especialidad.-*** Cuando de varios tipos penales aplicables al caso, uno de ellos prevé más específicamente el hecho que los otros, se aplicará por específica (o especial) esta disposición. *Lex especialis derogat lex generalis.* Así, el asesinato contiene características adicionales y especiales respecto del homicidio.
- ***Principio de subsidiariedad.-*** Conforme este principio se aplica supletoriamente un precepto cuando la acción no se

[1265] SÁINZ CANTERO, José Antonio, «El delito masa», en: *ADPCP*, Madrid, 1971, p. 649.

[1266] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 667.

subsume plenamente en la disposición principal. Por ejemplo: la norma que pune al partícipe se aplica subsidiariamente por no ser autor el interviniente sino cómplice.

- ***Principio de consunción.-*** *Lex consumens derogat lex consumpta.* Conforme este principio un precepto incluye o engloba (consume) a otros hechos. Por ejemplo: la tentativa se consume, en el delito consumado; el delito de lesiones dolosas en el de homicidio doloso, etc.
- ***Principio de alternatividad.-*** Se aplica este principio para evitar impunidades, cuando ambas disposiciones penales, por parecidas, podrían aplicarse al mismo hecho. En este caso se aplicará el precepto que implique mayor pena, con lo que se excluyen los preceptos benevolentes.

Capítulo XXI
CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

SUMARIO: 1. Circunstancias atenuantes. 2. Circunstancias agravantes

La pena elegida y su intensidad es función de la mayor o menor responsabilidad penal del agente, y esa responsabilidad es a su vez determinada por las circunstancias de la realización típica (*circum stare* = estar alrededor).

El Código Penal peruano, en su artículo 46º, establece los principios para la medición de la pena y ellas son:

1. La naturaleza de la acción.
2. Los medios empleados.
3. La importancia de los deberes infringidos.
4. La extensión del daño o peligro causados.
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión.
6. Los móviles y fines.
7. La unidad o pluralidad de agentes.
8. La edad, educación, situación económica y medio social.
9. La reparación espontánea que hubiera hecho del daño.

10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto.
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.
12. La habitualidad del agente al delito.
13. La reincidencia.

Se trata de las circunstancias generales que alertan sobre la gravedad del delito sin perjuicio de los que aparecen en la parte especial del código. Por ejemplo: parricidio *vs.* homicidio simple; u homicidio por emoción violenta excusable. Estas circunstancias serán valoradas por el juez.

Las circunstancias pueden ser atenuantes o agravantes.

1. Circunstancias atenuantes

Dentro de estas encontramos la adicción en cualquiera de sus formas, la intoxicación, los estados pasionales, extrema necesidad social del infractor.

Son atenuantes postdelictuales: la reparación espontánea del daño, el arrepentimiento y la confesión sincera.

2. Circunstancias agravantes

Suponen mayor gravedad del hecho y mayor reproche para el utor: los casos de ensañamiento, alevosía, disfraz, abuso de superioridad, precio, recompensa, abuso de confianza, móviles deleznables, móviles racistas, reincidencia y reiteración.

El nuevo Código español, conceptúa en su artículo 22º.8 como circunstancia particularmente agravante, la reincidencia definiendo su existencia cuando el autor haya sido condenado por delito comprendido en el mismo título del código, y la acción sea de la misma naturaleza.

Mencionamos este punto por considerarlo un saludable y realista retorno a institutos que siempre tuvieron presencia y que, por un criterio de humanidad mal entendida se la había suprimido dado

que, es indiscutible que «la reincidencia evidencia en el sujeto una actitud de rebeldía y desprecio hacia el reordenamiento»[1267] [1268].

En general, es en la parte especial que aparecen diversas modalidades delictivas atenuadas o agravadas.

[1267] CUERDA ARNAU, María Luisa, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, Vol. I, p. 261.

[1268] Ibídem, p. 261.

Capítulo XXII
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Las penas en el código penal. 1. Pena privativa de libertad. a. Cadena perpetua. 2. Restrictiva de libertad. 3. Limitativas de derechos. a. Prestación de servicios a la comunidad. b. Limitación de días libres. c. Inhabilitación. 4. Multa.

I. INTRODUCCIÓN

El comportamiento típico, antijurídico y culpable que protagoniza un ciudadano activa el sistema penal oponiendo al autor una determinada consecuencia jurídica.

El tema es siempre de política criminal y contiene un debate no acabado, iniciado con la obra de Beccaria, respecto de cuáles deben ser las consecuencias jurídicas de un delito.

En principio se admite que las consecuencias jurídicas son las penas, las medidas de seguridad, las medidas accesorias y las responsabilidades civiles que derivan del delito.

Se trata de precisar en qué deben consistir las penas o las medidas de seguridad. Cuál será su índole, su intensidad y propósito de cara a la sociedad y al orden jurídico.

El Derecho penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas infrahumanas como la de la picota (el

rollo) del sentenciado, y reemplazando este tipo de penas, por la de «privación de la libertad personal», para, delitos graves y fórmulas alternativas de punición a las de privación de libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para los delitos menores o faltas.

Lo que es un hecho, más allá del maquillaje, conforme el estado actual de la cuestión, es que la consecuencia jurídica del delito es una contingencia aversiva a cargo del infractor, con fines de prevención principalmente general, que apunta a fortalecer la norma jurídica y con ello proteger la clase de bienes de aquellos que fueron históricamente lesionados con el acto delictivo, y disminuir así, para el futuro, la tasa de ataques a los bienes jurídicos, validando la norma.

El Derecho penal, lo hemos planteado desde el inicio, es uno de advertencia, pues ese es el sentido del catálogo y si se aplica la contingencia que prevé el tipo es entre otras menos importantes razones, porque se valida la advertencia como tal, para los demás ciudadanos. Más que una instrumentalización del agente, es cargarle los costes de estabilizar la norma a quien intentó desestabilizarla o la desestabilizó en definitiva, perjudicando el funcionamiento social.

En otro punto de la evolución político-criminal se ha pretendido con buena dosis de fariseismo sustituir la pena, como contingencia aversiva, por sistemas de 'tratamiento' con el fin de unificar bajo el concepto de medidas de seguridad, tanto a las penas como a las medidas propiamente dichas[1269].

El esquema es uno de prevención especial –curativo– correspondiente con un concepto de peligrosidad y que en su versión más paradojal llevó a EE.UU. y los países escandinavos, en la década del cincuenta, a la aceptación de penas indeterminadas, pues su duración se subordinaba a los resultados del 'tratamiento'.

La tesis del tratamiento entra desde luego en crisis tan pronto reveló su ineficacia en dos sentidos:

- No se verificó que hubiera relación entre el tratamiento y la ulterior conducta adaptativa del infractor. La tasa de reincidencia se mantenía.

[1269] Todo el material de la escuela positiva italiana, con Garófalo, Lombroso y Ferri en la década del 70 del s. XIX sustentó esta opción (nota del autor).

- Se quedaba el modelo con la inseguridad jurídica y la evidente ilegalidad de las penas de duración indeterminada.

Los americanos y escandinavos revisan el modelo político-criminal, y regresan a la tesis de la proporcionalidad de la pena al delito y aun cuando no reconocían el propósito humanitario de la reinserción social, se ha endurecido el sistema punitivo de cara a resolver las altas tasas de criminalidad en las ciudades modernas, con resultados que al observarse efectivos, retroalimentan la concepción utilitaria de un Derecho y sistemas de control penal drásticos.

Pretender sin embargo que la criminalidad, como ocurrencia disfuncional social, pueda ser controlada con la sola adopción de determinado sistema punitivo, y su correspondiente sistema de contingencia aversiva con fines de prevención general, es caer en un pretencioso, abusivo y autoritario reduccionismo jurídico que pasa por alto la decidida importancia de los otros sistemas e instituciones de control: la familia, la educación y la economía, la organización político democrática, entre otras. El *ius puniendi* como facultad queda en entredicho, se deslegitima. Subvierte. Pero de ahí a suponer que el sistema punitivo, por aversivo, debe ser abolido como pretenden los abolicionistas abiertos y los encubiertos, desde posiciones criticistas pretendidamente contestatarias, es saltar al vacío desde el más reaccionario de los idealismos, cuando tienen buena fe, o si no se tiene, debutar de agentes provocadores en discreta procura al retorno de los estados sociales ya sepultados por el muro de Berlín.

Entre tanto, y mientras no se consiga algo mejor que el Derecho penal como aspiraba Radbruch, debe seguirse construyendo una teoría punitiva que sea adecuada para los fines del funcionamiento social.

Las penas implican la afectación de derechos, de un bien jurídico. Cobo y Vives concluyen que la pena «es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción»[1270].

[1270] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 616.

Estamos que a tenor de la conclusión propuesta la pena es conceptualmente una retribución[1271]. Lo admite Mir Puig[1272] aunque aclarando que no por ello cabe admitir que la función de la pena, esencialmente sea retribuir.

Respecto de la función de la pena –más allá de su conceptualización–, decir que, como hemos anticipado, cumple una función de prevención general, tiene que ver con regular la convivencia en la sociedad[1273], es decir, la norma debe permitir el funcionamiento social.

El tema pues de las consecuencias jurídicas del delito es de suma importancia para la sociedad y el delincuente mismo como sostiene Jescheck «pues la cuestión del tratamiento que por el Estado y la sociedad se de a la persona que delinque es frecuentemente decisiva para su suerte futura»[1274].

Para Jescheck las consecuencias jurídicas del delito «comprende las penas, así como las medidas y consecuencias accesorias»[1275].

II. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL

En la larga historia del Derecho penal las penas han sido clasificadas de diversas maneras. Carrara, las agrupaba en: capitales, aflictivas, infamantes y pecuniarias[1276], con las que se afectaba la vida, el cuerpo, el honor y el patrimonio del reo, respectivamente.

Otros autores más recientes han clasificado las penas en función de su intensidad de impacto: penas graves, leves; o en función

---

[1271] Loc. cit.

[1272] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 61-62.

[1273] No se admite que la función de la pena sea la justicia, pues ella por tener connotación moral implicaría una injerencia en la libertad ciudadana (nota del autor). En este sentido COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 618.

[1274] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 677.

[1275] Loc. cit.

[1276] CARRARA, Francisco, *Programa del curso de Derecho criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1944, T. II, pp. 98 y ss.

de su duración: pena temporal o perpetua; se les ha clasificado igualmente atendiendo a su propósito en: aflictivas y correccionales[1277].

El Código Penal peruano en su artículo 28º clasifica las penas de la siguiente manera:

1. Privativa de libertad.
2. Restrictiva de libertad.
3. Limitativa de derechos.
4. Multa.

En razón de su importancia las penas en el código pueden ser:

- ***Principales.***- Se impone de manera autónoma, no dependiendo de ninguna otra. Por ejemplo: penas privativas de libertad.
- ***Accesorias.***- Su existencia depende de otra pena principal y se impone conjuntamente con esta. Por ejemplo: la expulsión de un extranjero (artículo 30º del CP).
- ***Acumulativas.***- Se trata de aquellas que se aplican conjuntamente. Pena principal y accesoria.
- ***Alternativas.***- Son aquellas entre dos, que se dejan a criterio del Juez, a fin que en el caso concreto él decida. Por ejemplo: pena privativa de la libertad o días multa.
- ***Divisibles e indivisibles.***- Se trata de las que por su naturaleza pueden ser fraccionadas. Por ejemplo: multa (artículos 41º y 44º del CP).

1. Pena privativa de libertad

Con arreglo a un criterio de simplificación se han suprimido las variedades de penas privativas de libertad propia de otras legislaciones, por la que unifica todas ellas en la genérica que nos ocupa.

[1277] MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 51.

La pena privativa de libertad impone al condenado la obligación de permanecer encerrado en un establecimiento penitenciario. Conforme al vigente artículo 29º, la pena privativa de libertad puede ser temporal –de 2 días hasta 35 años– o de cadena perpetua.

Es de esperarse que mientras dure el encierro el condenado desa rrolle un plan de reinserción social[1278].

Consecuente con la progresiva estima de la libertad personal como valioso bien jurídico, la pena privativa de la libertad es una institución punitiva propia del Estado moderno que surge de la Revolución Francesa[1279].

Los antecedentes son sin embargo más remotos, pues se retrotraen a los siglos XVI, XVII y XVIII, particularmente en Holanda con las 'casas de trabajo'[1280], cuando no a Roma por aquello de *carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*[1281].

La pena privativa de libertad es desde luego muy seria ya que afecta al condenado lo mismo que a su familia, ello explica el que se proponga límites máximos menores a las existentes que no supere los 15 años de privación de libertad. Más allá de este plazo puede carecer de objeto la pena, de cara a principios de humanidad, proporcionalidad y racionalidad.

Respecto de los límites menores, el legislador ha establecido una pena de privación de libertad que puede ir desde los dos días. Así lo establece el artículo 29º del Código Penal lo que debiera corresponderse con la práctica de su determinación judicial.

La doctrina dominante y la peruana en particular, hacen suyo el criterio según el cual en los delitos de escasa gravedad, la pena a

---

(1278) MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1990, p. 53.

(1279) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español, Parte general*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 1984, p. 438; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 389.

(1280) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 389.

(1281) JUSTINIANO, *Digesto*, 48.19.8: Trad. «Las cárceles existen solo para custodia de los hombres y no para su castigo».

imponerse debiera ser una alternativa de la privativa de libertad, dejando de lado las penas privativas de libertad corta.

No seguimos este criterio, consideramos que penas privativas de libertad cortas, de 2 días a más, o de unos pocos meses, pueden cumplir importante papel de prevención general y especial amén de la estabilización de la norma penal. La tesis contraria introduce una turbulencia en el sistema de control penal, pues disienten entre si, la legislación, la doctrina y la praxis jurisdiccional.

El octavo mandamiento del decálogo político-criminal de Roxin que reza: «la pena privativa de libertad de hasta dos años hay que sustituirla, en la medida de lo posible, por pena pecuniaria»[1282] carece de un referente empírico serio, sin perjuicio de que, de admitirse como válida y comprobada la tesis de que las penas privativas de libertad no pueden ser resocializadoras[1283], o que destruye la personalidad, por el síndrome de la prisionización y la despersonalización[1284] o que produce la pérdida de identidad en el penado, implica admitir que no podría aplicársela a nadie por periodo alguno so pena de afectar los Derechos Humanos.

Hay prisiones que no producen el fenómeno de la 'prisionización', ni despersonalizan a nadie, pero hay que intervenir aquellas en las que ciertamente pueden incubarse estos síndromes, y así alterar el sistema de contingencias conductuales que operan en ellas, de modo que las conductas a futuro resulten de un nuevo condicionamiento socializador[1285], según la tesis de Skinner, a partir de la cual «la probabilidad de una conducta es función de su consecuencia»[1286].

En los delitos atávicos, el entorno refuerza las conductas desadaptativas y delictivas, de modo que una pena privativa de liber-

---

[1282] ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 84.

[1283] BERGALLI, Roberto, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Universidad Complutense, Madrid, 1976, pássim.

[1284] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 389.

[1285] CATANIA, Charles, *Investigación contemporánea en conducta operante*, Trillas, México, 1974.

[1286] SKINNER, Burrhus Frederic, *Ciencia y conducta humana*, Fontanella, Barcelona, 1974, pássim.

tad de corta duración, y con adecuado concurso de las modernas técnicas de modificación conductual pueden alterar radicalmente esta contingencia de refuerzo contingente en beneficio del preso y de la sociedad. Hay trabajos experimentales que abonan esta tesis[1287].

Aquello de que «no se puede educar para la libertad, precisamente privando de libertad»[1288] es solo una frase impactante pero carente de contenido teórico y operacional.

Respecto del efecto preventivo general de las penas privativas de libertad efectivas, baste decir, que «hay bastantes pruebas de que puede haber aprendizaje por observación de la conducta de otros»[1289].

Está experimentalmente probado que si como consecuencia de una infracción de la norma, al infractor se le pune con la contingencia prevista en el tipo, ello instruye vicariamente a los demás en el respeto a la norma. Se trata de un aprendizaje observacional. «En las sociedades humanas, la provisión de modelos, además de acelerar el proceso de aprendizaje, se convierte en un medio esencial de transmisión de pautas de conducta»[1290].

Por el contrario, si las conductas desadaptativas o delictivas, no se punen, ello tendrá efecto criminógeno. Lo demuestran investigaciones sobre aprendizaje observacional (Bandura, 1962; Walters, 1958; Solley y Murphy, 1960; Toch y Shulte, 1961; Ross, 1963)[1291].

[1287] COHEN, Harold/FILIPCZAK, James y BIS, John, «Estudios de las contingencias aplicable a la educación», en: *Control de la conducta humana*, Trillas, México, 1974, Vol. II, pp. 85 y ss.; PHILLIPS, Elery, «Un lugar de progreso: aplicación de procedimientos de reforzamiento con fichas en un ambiente de rehabilitación semejante al hogar que se halla destinado a jóvenes predelincuentes», en: *Control de la conducta humana*, cit., p. 114; SARASON G., Irwin, «Un enfoque del modelamiento y la información aplicado a la delincuencia», en: *Modificación de la conducta. Análisis de la agresión y la delincuencia*, Trillas, México, 1975, p. 146; DOMÍNGUEZ, Benjamín *et al.*, «El análisis y el control de las actividades de grupos humanos bajo custodia», en: *Modificación de la conducta. Análisis de la agresión y la delincuencia*, cit., p. 175.

[1288] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 390.

[1289] BANDURA, Albert/WALTERS, Richard, *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1974, p. 18.

[1290] Ibídem, p. 61.

[1291] Ibídem, pp. 64 y ss.

Se ha demostrado asimismo, que «conductas desviadas se desinhiben tras la exposición a modelos que despliegan con libertad dichas conductas (Freed, Chandler, Blakey Mouton, 1955; Kimbrell y Blake, 1958; Lefkowitz Blake y Mouton, 1955)»[1292].

a. Cadena perpetua

La ley peruana desde el 6 de mayo de 1992 (Ley Nº 25475, que modifica el artículo 29º del Código Penal) estableció la cadena perpetua, para combatir el terrorismo.

El 13 de agosto de 1992 se regula el delito de traición a la patria mediante Ley Nº 25659. Se trató de una respuesta político-criminal muy severa correspondiente con un momento crítico en la vida social del país.

Con posterioridad, en el delito de violación a menores se ha extendido la aplicación de la cadena perpetua cuando la víctima menor de edad tiene menos de 10 años de edad y cuando, a consecuencia de la violación, el menor queda con secuela de muerte o lesión grave (artículos 173º, inciso 1 y 173º-A del CP).

La cadena perpetua puede resultar intimidatoria ciertamente y desde esta perspectiva operar como mecanismo de prevención general negativo.

Persigue además la cadena perpetua, el aseguramiento de la sociedad frente a sujetos considerados particularmente peligrosos.

2. Restrictiva de libertad

Nos dicen Cobo y Vives, que estas penas «son aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimiento, le imponen algunas limitaciones»[1293].

Las penas restrictivas de libertad que contempla el Código Penal son:

[1292] Ibídem, p. 83.

[1293] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 641.

- La expatriación, tratándose de nacionales.
- La expulsión del país, tratándose de extranjeros.

Es obvio que estas penas, además de anticonstitucionales por colisionar con el inciso 11 del artículo 2º de la norma mayor, que asegura el derecho de residencia, violenta los derechos humanos, y atenta en particular contra la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Bustos Ramírez explica que la crisis en que han caído estas penas se debe a su utilización política y a su poca utilidad social[1294].

3. Limitativas de derechos

Estamos en el vasto tema de 'las penas alternativas' a las privativas de libertad de poca duración.

La construcción de este sistema es una respuesta imaginativa al 'encierro' para el supuesto de que el caso concreto, dependiendo de la naturaleza de la infracción lo mismo que de la culpabilidad del sentenciado, resulte a criterio del juez, más adecuado a la sociedad, a la víctima y al propio sentenciado cumplir con estas penas alternativas, antes que padecer un encierro de corta duración.

Es obvio que mientras no se organicen los sistemas adecuados al funcionamiento de las penas alternativas no se puede recurrir a ellas, sin caer en la burla de la pena o simbolizarla.

El artículo 21º del Código Penal señala como penas limitativas de derechos las siguientes:

- Prestación de servicios a la comunidad.
- Limitación de días libres.
- Inhabilitación.

[1294] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 390.

a. Prestación de servicios a la comunidad

Consistiría esta pena en la prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y útil a la comunidad, prestado durante el tiempo libre[1295].

Advertir que no se trata de un trabajo forzado en favor a la comunidad. Se concreta en instituciones educativas y municipales, asistenciales o en obras públicas, en los que se debe tomar en cuenta las aptitudes y hasta las preferencias del sentenciado (artículo 34º del CP).

La prestación se realiza preferentemente en días feriados a fin de no alterar los patrones laborales del sentenciado. De cualquier forma para respetar el sentido de la pena, habrá de coordinarse este asunto con el propio prestador del servicio.

La jornada de trabajo es de 10 horas a la semana, y en ningún caso deberá afectar la salud física o mental del obligado ni su dignidad personal desde luego.

La duración mínima de esta pena es de diez jornadas. La máxima es de ciento cincuenta y seis jornadas.

Consideramos que esta opción punitiva, de organizarse debidamente, es muy superior al fácil recurso de suspender condicionalmente la ejecución de la pena, cayendo con ello en lo que Mantovani refiriéndose a la suspensión condicional de la pena, llama 'clemencialismo'[1296].

b. Limitación de días libres

Se da una modalidad punitiva novedosa que no afecta a la familia ni al trabajo del condenado pues la limitación de días libres, normalmente afectará los fines de semana –arresto de fin de semana–.

[1295] JESCHECK, Hans-Heinrich, «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal», en: *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, 1980, p. 19.

[1296] MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 58.

Se debe naturalmente tratar de un arresto provechoso, pues sus características son:

- El periodo de arresto fluctúa entre un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas por fin de semana.
- El lugar del arresto se estructura con propósitos resocializadores y educativos.
- La pena dura entre diez y ciento cincuenta y seis jornadas.

El concepto es bueno y puede serlo muy especialmente en los delitos de tránsito por severa infracción del deber de cuidado, en las que el condenado pudiera ver videos y recibir instrucción de la policía de tránsito y estudiar bajo orientación la reglamentación correspondiente.

Además la implementación presupone contar con sofisticados sistemas electrónicos computarizados y correspondidos con la tecnología satelital que detecte y asegure, por el uso de cintas o pulseras magnéticas, el cumplimiento del arresto.

Es obvio que hasta que no se implemente el sistema no puede aplicarse esta pena.

El estado de la cuestión sin embargo seguirá dependiendo de la calidad de implementación concreta del arresto de fin de semana como paradigma, acaso emblemático, de la pena en general y de la privativa de la libertad en particular. Un análisis económico del punto podría fácilmente informar que puede resultarle más económico al Estado y a la sociedad la implementación seria de este sistema de contingencia. Por otro lado, el sinceramiento y fiabilidad del catálogo como uno de advertencia, sin efecto placebo, siempre previsible, supera la suspensión de la ejecución de la pena.

Puede el modelo, paradojalmente, disminuir la población carcelaria de modo estadísticamente significativo, por concreción de la prevención general y especial.

Añadimos finalmente que conforme la predeterminación legal del catálogo todo delito es grave por definición. Los habrá entonces más o menos graves, pero graves al fin, pues de haber tipos de leve gravedad habrá que sustraerlos del catálogo, tratarlos como faltas o

conforme regulación del orden civilista o administrativo. Lo que puede ser leve en cambio es la culpabilidad del agente; del infractor de la norma: para ellos las alternativas a la pena privativa de libertad; para ellos la conversión de la pena, sin sacrificar en ambos supuestos el orden jurídico y la prevención general o especial. El análisis económico del Derecho, la psicología conductual, las ciencias sociales en suma abonan el punto de vista planteado sin dejar la militancia en el Derecho penal mínimo pero distanciándonos del *nulla* Derecho penal.

c. *Inhabilitación*

Consiste esta pena en la supresión de algunos derechos ciudadanos (políticos, sociales, económicos, familiares).

Se admite modernamente que se trata de una pena infamante lo que puede imprimirle anticonstitucionalidad conforme el artículo 36º del Código Penal.

La inhabilitación puede acarrear:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
3. Suspensión de los derechos políticos que señala la sentencia.
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria que deban especificarse en la sentencia.
5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego.

   Incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa de libertad superior a cuatro (4) años;

medida que debe ser impuesta en forma obligatoria en la sentencia.

7. Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo, y
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

La pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria (artículo 37º del Código Penal).

Como pena principal opera como una limitativa de derechos y con ello de lo que se trata es de una pena alternativa a la de privación de libertad, lo que es una moderna tendencia[1297].

Como pena accesoria ella se impone cuando el hecho punible ha sido una de abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, y su duración será igual a la de la pena principal (artículo 39º del Código Penal).

El legislador ha querido además, instruir a los jueces en el hecho de poder aplicar accesoriamente la pena de inhabilitación para el caso de los delitos culposos de tránsito.

4. Multa

Conocida también como pena pecuniaria, la multa como pena es antigua y se remonta a la época preromana e incluso precolombina, y a la india antigua[1298].

La gran mayoría de sistemas jurídicos apelan a la multa para la imposición de una consecuencia jurídica y en algunos casos como en Alemania, esta pena es de las más empleadas.

[1297] MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 686.

[1298] MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 95-96.

En la primera edición de este trabajo decíamos de la multa que se trata de una muy aceptable alternativa a la pena privativa de libertad pues sus ventajas; de cara a un Derecho penal humanitario, son evidentes. Ahora hacemos nuestro el punto de vista de Ferrajoli cuando afirma que: «La pena pecuniaria es aberrante desde varios puntos de vista. Sobre todo, porque es una pena impersonal, que puede pagar cualquiera. De modo que resulta doblemente injusta: en relación con el reo que no paga y se sustrae así de la pena; en relación con el tercero, pariente o amigo, que paga y queda así sometido a una pena por hecho ajeno. Además la pena pecuniaria es una pena desigual, al ser su formal igualdad bastante más abstracta que la de la pena privativa de libertad. Golpea, en efecto –sigue diciendo Ferrajoli– de manera diversamente aflictiva según el patrimonio y por consiguiente, es fuente de intolerable discriminación»[1299].

El Código Penal peruano, regula la pena de multa señalando las siguientes características:

- El monto a pagar en favor del Estado se fija en días-multa, que equivale al ingreso promedio diario del condenado, determinado a partir de sus remuneraciones, rentas, patrimonio, nivel de gasto y además signos exteriores de riqueza (artículo 41º del CP).
- La duración de la pena fluctúa de un mínimo de diez días a trescientos sesenta y cinco días-multa (artículo 42º del CP).
- El límite al importe a pagar por el condenado en concepto de multa no será menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario, cuando viva exclusivamente de su trabajo (artículo 43º del CP).
- Respecto de la oportunidad de pago, la ley establece que ella deberá pagarse dentro de los diez días de pronunciada la sentencia, aunque facultando al Juez para que de acuerdo con las circunstancias pueda permitir el pago en cuotas mensuales (artículo 44º del CP).

[1299] FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, cit., p. 416.

Martín Batista recomienda la multa para delitos que demuestren codicia de lucro o para infracciones de pequeña gravedad como las faltas[1300].

- ***Ventajas y desventajas de la pena de multa:***
  - *Ventajas*
    - Compatible con la dignidad del sentenciado.
    - No afecta la integración de la familia del condenado.
    - No afecta el trabajo del condenado.
    - Su carácter flexible permite su adaptación a las condiciones económicas del condenado.
    - No arroja mayores gastos para el Estado.
  - *Desventajas*
    - No es suficientemente preventiva.
    - Se afecta el patrimonio y los ingresos familiares.
    - La insolvencia del condenado puede llevar a la impunidad.
    - Es discriminatoria.
    - Es impersonal.

[1300] MARTIN BATISTA, Weber, «A pena de multa na lei das contravengoes penas», en: *Ciencia e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro, 1992, p. 598.

Capítulo XXIII
DETERMINACIÓN DE LA PENA

SUMARIO: I. Generalidades. II. Criterios básicos de determinación. 1. El criterio de culpabilidad. 2. El criterio preventivo general. 3. Criterio preventivo especial. 4. Posición del autor. III. Determinación de la pena. 1. Determinación legal de la pena. 2. Determinación judicial de la pena. IV. Supuestos específicos para la determinación de la pena. 1. Tentativa. 2. Concurso ideal de delitos. 3. Concurso real de delitos. 4. El delito continuado. 5. Participación.

I. GENERALIDADES

Trata este capítulo, de los criterios que se tomarán en cuenta para la determinación de la pena correspondiente al caso concreto, según las circunstancias del hecho, la culpabilidad del autor, y la función de la pena.

Como quiera que es el juez el llamado a precisar la pena sin apartarse de lo que la ley dice al respecto, el legislador ha establecido ciertas reglas que se deberán tomar en consideración al momento de fundamentar e imponer la pena. Están contenidos en el artículo 45º del Código Penal y son:

1. Carencias sociales que hubiere sufrido el agente.
2. Cultura y costumbres del autor.
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Se trata pues, de tomar en cuenta la llamada coculpabilidad social, esto es, la aceptación de que la sociedad aportó lo suyo en la realización de un injusto.

Los criterios mencionados se complementan necesariamente con las trece consideraciones precisadas por el artículo 46º del Código Penal, modificado por el artículo 1º de la Ley Nº 28726 de fecha 9 de mayo de 2006, para la individualización de la pena:

> «***Artículo 46º***.- *Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:*
>
> 1. *Naturaleza de acción;*
> 2. *Los medios empleados;*
> 3. *La importancia de los deberes infringidos;*
> 4. *La extensión del daño o peligro causados;*
> 5. *Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;*
> 6. *Los móviles y fines;*
> 7. *La unidad o pluralidad de los agentes;*
> 8. *La edad, educación, situación económica y medio social;*
> 9. *La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;*
> 10. *La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y*
> 11. *Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.*
> 12. *La habitualidad del agente al delito (incorporado por la Ley Nº 28726).*
> 13. *La reincidencia (incorporado por la Ley Nº 28726).*
>
> *El juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima*».

Se trata acá de un valioso criterio positivista adicional y compensatorio del criterio excesivamente abierto de coculpabilidad social ya mencionado y al amparo del cual se agazapaba un abolicionismo socializante discreto[1301].

No ha tomado en cuenta el Código Penal de 1991, el novísimo principio de imputación objetiva, «la competencia de la víctima» (Jakobs, 1997) pero deberán asimilarlos los incisos 1 y 5 del precitado artículo 46º del Código Penal.

II. CRITERIOS BÁSICOS DE DETERMINACIÓN

Los criterios básicos que orientan la determinación concreta de la pena son de tres órdenes:

a. Culpabilidad

b. Preventivo general

c. Preventivo especial

1. El criterio de culpabilidad

Sirve la culpabilidad para fundamentar y limitar la pena. Es un logro garantista pues, mitiga (excluye) criterios de 'peligrosidad', 'personalidad' o 'responsabilidad por el carácter'.

2. El criterio preventivo general

Es importante la estabilidad de la norma. La contingencia aversiva en que consiste la pena fiabiliza la tesis llegada al ciudadano de que el Derecho penal objetivo, es uno de advertencia.

La pena cumplirá un papel instructivo conforme las propuestas del aprendizaje observacional o vicario del que ya hemos dado cuenta. Se activa en el ciudadano el sentido de la *poena* ya condicionada en él por lo de la *poena naturalis*.

[1301] En contra PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 527.

Bustos Ramírez, lo dice a su modo «la pena es autoconstatación del Estado (protección de su sistema, por eso en definitiva protección de los bienes jurídicos) y su finalidad al imponerse, es buscar alternativas de dignificación del sujeto de aumentar su capacidad de libertad, de ser actor social»[1302]. Añadiendo nosotros que, así se fortalece el funcionamiento de un Estado liberal y democrático de Derecho.

3. Criterio preventivo especial

Al imponerse la pena, ella tomará en cuenta las necesidades de reeducación o resocialización del infractor[1303].

Esto de la resocialización sin embargo deberá tener contenido concreto conforme el que se deriva de las modernas teorías del aprendizaje y de los hallazgos experimentales en materia de comportamiento humano.

Hablar de 'Humanidad de las penas', de 'capacidad de libertad'[1304] del sujeto, 'desarrollo de su personalidad', etc., sin asociar estos puntos con programas concretos de modificación conductual implica admitir que el Derecho penal es un instrumento de 'descontrol social'.

4. Posición del autor

Planteamos pues que los criterios de prevención general o especial deben combinarse con el de culpabilidad a partir de referentes empíricos serios y extraños al derecho, conforme en parte, con el *spielraumtheorie* (ámbito de juego)[1305], que defiende Bruns y Roxin, aunque este último para posibilitar penas inferiores pero sin acudir a referentes empíricos externos que lo sustenten[1306].

[1302] BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 395.

[1303] Ibídem, p. 396.

[1304] Loc. cit.

[1305] BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht*, Carl Heymanns, Köln, 1974, p. 264.

[1306] ROXIN, Claus, «Prävention und Strafzumessung», en: *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Köln, 1978, pp. 183 y s., 204.

III. DETERMINACIÓN DE LA PENA

La pena se determina en la ley –determinación legal– y con el juez –determinación judicial–. No añadimos la determinación ejecutiva a que lleva la administración del sistema penitenciario, pues no se trata propiamente de una determinación de pena sino de un gesto de administración.

1. Determinación legal de la pena

La pena, para cada tipo, la determina en principio, el legislador.

Se trata de la pena abstracta y sirve a los fines de la intimidación, esperándose una proporcionalidad a la también gravedad abstracta del delito.

La ley determina además las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal y las penas para los tipos de autoría y de participación en abstracto, así como para el supuesto teórico de imperfecta realización.

El artículo 46º-A es un supuesto de determinación legal modificatoria de la responsabilidad penal, por agravación nacida de la cualidad del sujeto activo (fuerza armada, policía, autoridad-funcionario o servidor público), o de la procedencia (estatal) de los medios empleados.

2. Determinación judicial de la pena

Se trata de un juicio de imposición de pena, que hace el juzgador para adecuar la pena genérica conque el legislador conmina la conducta subsumida en el tipo, al caso específico que ha juzgado, tomado en cuenta ahora sí, los criterios ya mencionados de culpabilidad y prevención.

El proceso de determinación judicial de la pena pasa por precisar primero, qué pena corresponde: privativa de libertad, multa etc. Se trata de una determinación cualitativa. Luego de escogida la pena, el juez fijará su *quantum*, en lo que se da en llamar, «determinación cuantitativa».

El pleno jurisdiccional de las salas penales de la Corte Suprema, realizada en noviembre de 2007, estableció lo siguientes criterios de determinación de la pena en el artículo 173º, inciso 3 del Código Penal, como son:

> *Violación sexual: criterios para la determinación judicial de la pena (artículo 173º, inciso 3 CP): «Por otro lado, el artículo 173º, inciso 3, del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176º-A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad. De igual manera, el artículo 179º-A del texto punitivo solo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que «...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años». Finalmente, el artículo 175º del aludido código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien «...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuero por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años».*
>
> *8. Al respecto, se tiene presente [...], el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: «...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado» (Felipe VILLAVICENCIO TERREROS: Derecho penal. Parte general, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades*

que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan. En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado –influencia en su mundo personal, familiar y social–] (Álvaro PÉREZ PINZÓN, *Introducción al Derecho penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

9. *A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173º, inciso 3, del Código Penal –incluso si se tiene en cuenta delitos de una indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida– es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.*

10. *En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad –por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes– a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.*

11. *Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos ante-*

riormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso sub judice, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

a) Que la diferencia etarea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.

b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.

c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.

d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173º, inciso 3, del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175º y 179º-A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado– median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica. Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44º, 46º y 241º del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20º, inciso 10, del Código Penal –que regula la institución del consentimiento– puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175º y 179º-A del Códi-

go Penal. Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173º, inciso 3, del Código Penal» (Pleno jurisdiccional de las salas penales de la Corte Suprema, Acuerdo plenario Nº 7-2007/CJ-116).

IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Aparte de los criterios generales (culpabilidad y prevención) que han de tomarse en cuenta, se dan los siguientes supuestos:

1. Tentativa

La tentativa da lugar a que el juez disminuya prudencialmente la pena (artículo 16º del Código Penal). Subyace al criterio de determinación, el Principio IV del Título preliminar, de 'lesividad'. Lo mismo para el caso de la tentativa inidónea y desistimiento (artículos 17º y 18º del Código Penal respectivamente).

2. Concurso ideal de delitos

Cuando una sola acción infringe varias normas o tipos, afectando varios bienes jurídicos, se aplica la pena correspondiente al tipo penal más severo (artículo 48º del CP).

3. Concurso real de delitos

Estamos en este supuesto cuando se han protagonizado distintos e independientes conductas, realizando los tipos penales en momentos diferentes. Aquí, conforme el artículo 50º del Código Penal se aplica la pena del delito más grave.

4. El delito continuado

Aquí se da una continuidad de acciones lesionantes. Se trata de acciones sucesivas integradas en delito único por haberse lesionado

una misma norma en distintas ocasiones dentro de una sola determinación criminal.

5. Participación

La instigación y la complicidad son dos modalidades de participación en un delito que pueden acarrear equiparación de pena con las del autor o su disminución prudencial (artículos 24º y 25º del CP).

Capítulo XXIV
DE LA CONVERSIÓN DE LA PENA

SUMARIO: I. Generalidades. II. Revocación. III. Conversión *in malam parte*.

I. GENERALIDADES

Es tendencia político-criminal moderna la de procurar por todos los medios reemplazar la pena privativa de libertad por otra alternativa.

Creemos que el punto puede ser útil, entre otras cosas, para el asunto de la población carcelaria que ciertamente es excesiva y ello sí puede afectar cualquier propósito preventivo especial.

La conversión es el reemplazar o sustituir una pena, generalmente privativa de libertad, por otra supuestamente equivalente aunque evidentemente de menor intensidad, tales como multa, prestación de servicio comunitario o limitación de derechos.

Se aplica la conversión para los casos en los que no proceda la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio y que la pena privativa de libertad no sea mayor de dos años (artículo 52º del Código Penal), en cuyo caso se aplica multa, o cuando la pena privativa de libertad para el delito cometido es no mayor de cuatro años, se aplica la pena de prestación de servicio comunitario o limitación de días libres.

La ecuación a que se recurre para la conversión es la siguiente:

a. Un día de privación de libertad por un día – multa.

b. Siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicio comunitario.

c. Siete días de privación de libertad por una jornada de limitación de días libres.

II. REVOCACIÓN

Si el condenado no cumple injustificadamente con la pena convertida y no obstante el apercibimiento persiste, el uez debe revocar la conversión, descontando lo que corresponda, para el cumplimiento del saldo de pena (artículo 53º del C.P)

Puede revocarse igualmente la conversión si el condenado comete otro delito doloso dentro del plazo en que se está ejecutando la sentencia, que implique una penalidad no menor de tres años (artículo 54º del C.P.)

III. CONVERSIÓN *IN MALAM PARTE*

Estamos en el supuesto en que la pena impuesta fue de limitación de derechos o de multa y el condenado no cumple con la prestación o pago, con lo que procede convertir dichas penas en privativa de libertad conforme los artículos 55º y 56º del Código Penal.

CAPÍTULO XXV
SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

SUMARIO: I. Generalidades. II. Reglas de conducta. III. Supuesto de incumplimiento de las reglas de conducta. IV. Liberación de la condena.

I. GENERALIDADES

Se trata de la condena condicional o pena condicionalmente suspendida, «consistente genéricamente en la suspensión del cumplimiento de la condena durante un cierto periodo en el que se establece determinadas condiciones que, si son cumplidas permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal»[1307].

Responde este instituto político-criminal a criterios del derecho humanitario que propicia darle al infractor una oportunidad de probar para el futuro su respeto al orden jurídico –sistema de sometimiento a prueba–. La sobrepoblación penitenciaria es un elemento adicional que abona por esta opción.

Se ha objetado a la condena condicional que lo que se suspende no es la sentencia sino la ejecución de la pena contenida en ella[1308].

[1307] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 593.

[1308] GARRIDO GUZMÁN, Luis, «Nuevas perspectivas de la revisión condicional de la pena», en: COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*, Edersa, Madrid, 1983, T. V, p. 518.

No estamos seguros que la institución sea buena pues más parece que se cae como ya dijimos citando a Mantovani, en clemencialismo. Creemos además que entre nosotros, se abusa del instituto, abonando un Derecho penal simbólico cuando no criminógeno.

Podría sin embargo, resultar una institución útil a condición que no se abuse de ella, que el pronóstico de adaptación futura del infractor sea favorable y que necesariamente haya de alguna forma el infractor satisfecho a la víctima y mostrado arrepentimiento.

Entre nosotros, no se está controlando al infractor cuya pena se suspende[1309] lo que puede afectar la prevención general y la especial.

La ley peruana permite la suspensión condicional de la pena cuando la que se le impone al condenado no excede de cuatro años de pena privativa de libertad y que la personalidad del autor (artículo 57º) indique compatibilidad con la medida. Se critica esta última condición en el sentido de no adecuarse a un Derecho penal de acto, pues asoma un Derecho de autor[1310], con aquello de 'la personalidad', lo que no es exacto pues el hecho ya fue juzgado –con criterio de Derecho penal de acto– y de lo que se trata ahora es del pronóstico de recuperación del condenado.

II. REGLAS DE CONDUCTA

En nuestro sistema, de origen franco-belga, el juez impone ciertas reglas de conducta al condenado a las que se supone se subordina de suspensión de la condena privativa de libertad.

El artículo 58º del Código Penal fija estas reglas y son:

1. No frecuentar determinados lugares.
2. No ausentarse del lugar de residencia sin autorización del juez.
3. Comparecer personal y obligatoriamente al juzgado, para informar y justificar su actividad.

[1309] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 541.

[1310] Loc. cit.

4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que está en imposibilidad de hacerlo.
5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.
6. Los demás deberes que el juez estime conveniente a la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado.

Es registro general que el cumplimiento de las reglas citadas depende solo del condenado, y no existiendo un sistema de control la cosa pueda simplemente no funcionar, aunque es de esperarse, que desde una perspectiva autodirigida del condenado, él con sus propios recursos, se reintegre a la sociedad[1311].

III. SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE CONDUCTA

A tenor del artículo 59º del Código Penal, el incumplimiento de las reglas de conductas impuestas por el juez, para el período de suspensión o la condena por otro delito, el juez podrá:

1. Amonestar al infractor.
2. Prorrogar el plazo de suspensión.
3. Revocar la suspensión de la medida.

Aquí el legislador ha optado con cierta dosis de pusilanimidad por la revocatoria facultativa. Lo que no debió ser en aras de garantizar la vigencia normativa.

Tratándose de la comisión por parte del condenado, de un nuevo delito doloso cuya pena de libertad sea superior a los tres años, la revocatoria de la suspensión será obligatoria para el juez (artículo 60º del CP).

Respecto de la amonestación, podemos mencionar que se trata de un recurso muy antiguo de origen romano (*severa interlocutio*)[1312],

---

[1311] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 1153.

[1312] COSTA JUNIOR, Paulo José Da, *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Saraiva, Sao Paulo, 1989, p. 422.

aunque en nuestro Derecho moderno dudamos de su eficacia. De cualquier manera, solo se da aplicación para una contravención leve a las reglas.

IV. LIBERACIÓN DE LA CONDENA

El artículo 61º del Código Penal contiene un importante instrumento premial que estimula el buen comportamiento del condenado sujeto a suspensión.

En efecto, la condena será considerada como no pronunciada si transcurrido el plazo de prueba el condenado no comete nuevo delito doloso ni infringe de manera persistente y obstinada, las reglas de conducta.

Debió sin embargo el legislador, omitir los adjetivos «persistente y obstinada» por razones obvias.

Capítulo XXVI
RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

SUMARIO: I. Generalidades y fundamento. II. Reglas de conducta. III. Supuesto de incumplimiento de reglas de conducta.

I. GENERALIDADES Y FUNDAMENTO

Se trata de una alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración lo mismo que a las de multa y limitativas de derechos.

No admitimos el criterio sostenido por Peña Cabrera siguiendo a Mir Puig, en el sentido de que «el objetivo sea evitar que muchos infractores de la ley cumplan la pena en la cárcel, impidiendo con ello la consiguiente desocialización y efectos traumáticos sobre la familia del condenado»[1313]. Si ese fuera el criterio más coherente, sería ni tan siquiera procesarlo, o suprimir del catálogo el tipo realizado por el autor, en atención a criterios de lesividad menor y a *ultima ratio.*

El objetivo de la reserva del fallo no puede ser otro que el de '*probation*' de raigambre anglosajona[1314] por el que el infractor queda notificado y advertido que su infracción es intolerable, inadmisible, de lesividad suficientemente intensa, pero que, en el caso con-

---

[1313] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general,* cit., p. 547; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general,* cit., p. 708.

[1314] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general,* cit., p. 169.

creto, vista la personalidad del autor, su arrepentimiento no verbalizado sino materializado en el resarcimiento a la víctima, se le suspende el fallo, a modo de oportunidad, lo mismo que por causa de su innecesariedad en el caso concreto y dejando incólume el fin preventivo de la ley penal.

Una interpretación como la mencionada se correlaciona mejor con el antecedente de la institución contenida en los párrafos 60-63 del Proyecto del Código Penal alemán que contenía la «amonestación con reserva de pena».

Aclaramos que lo más parecido en la legislación española a la suspensión del fallo condenatorio, es la institución de la suspensión de la pena, o de la ejecución de la pena que regula el Capítulo III, Sección 1, artículo 80º y siguientes del Código Penal de 1995, que es diferente a lo normado por nuestro código a este respecto, pues nosotros no suspendemos la pena tan solo, sino el mismo fallo condenatorio, de consecuencia y significado distinto. Por lo pronto no se inscribe la sentencia cuyo fallo se reserva, en el registro judicial, no apareciendo entonces antecedentes penales en el condenado.

La reserva del fallo condenatorio contiene entonces, una declaración de culpabilidad por el injusto perpetrado por el autor lesionando la norma jurídica por lo que el juez decide abstenerse de dictar la parte resolutiva de la sentencia condenatoria, sin perjuicio desde luego de las responsabilidades civiles del caso, conforme todo con el artículo 62º del Código Penal.

Para la reserva del fallo condenatorio son condiciones adicionales a la de la modalidad de hecho punible y la personalidad del agente, las siguientes:

a. Que el delito esté conminado con una pena privativa de libertad no mayor de tres años o multa.

b. Cuando la pena pronóstico no supere las noventa jornadas de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

c. Cuando la pena pronóstico no supere los dos años de inhabilitación.

II. REGLAS DE CONDUCTA

Cuando se suspende el fallo condenatorio, se imponen las siguientes reglas de conducta:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares.
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.
3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.
4. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que esté imposibilitado de hacerlo.
5. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y
6. Las demás reglas de conducta que el juez estime convenientes para la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra la dignidad del procesado.

III. SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO DE REGLAS DE CONDUCTA

El Código establece en su artículo 65º qué puede hacer el juez en el supuesto de incumplimiento de las reglas de conducta:

1. Hacer una severa advertencia.
2. Prorrogar el régimen de prueba, sin exceder la cantidad del plazo inicialmente fijado.
3. Revocar el régimen de prueba.

El legislador debió emplear la locución, «última y severa advertencia».

Para la primera opción respecto de la facultad revocatoria del juez (*ope iudici*), ella se ejercitará valuando la situación concreta.

El juez podrá igualmente revocar facultativamente la reserva, en el supuesto que el infractor cometa otro delito doloso por el que

sea condenado a una pena superior a los tres años –debió decir: «no mayor de tres años»–.

La revocatoria de la reserva será obligatoria (*ope lege*) para el supuesto que la pena señalada, para el delito cometido, supere los tres años.

Capítulo XXVII
EXENCIÓN DE LA PENA

Dice Peña Cabrera que se trata de la antigua figura de la «composición, por la que agraviante y agraviado se reconcilian entre sí careciendo de objeto a partir de ello, que intervenga el Estado»[1315].

El artículo 68º del Código Penal dice:

> «***Artículo 68º***.- *El juez podrá eximir de sanción, en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derecho o con multa, si la responsabilidad del agente fuere mínima*».

Vemos que el legislador creó sin necesidad esta figura, pues tal como está redactada nada añade a la figura de la reserva del fallo condenatorio. Vemos además, que tal y conforme está redactado el artículo, no se trata de la antigua y útil figura de la composición merced a la cual víctima y victimario arreglan entre sí, el conflicto nacido de la lesión de la norma.

Para estar en el supuesto de la 'composición' debió redactarse el artículo comentado de la siguiente manera:

[1315] PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, cit., p. 553.

«***Artículo 68º***.- *El juez eximirá de sanción, en los casos en que el delito esté previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, si la responsabilidad del agente fuese moderada o mínima y si, además, llegaron entre ellas a un arreglo*».

Proponemos que la composición resuelve muy adecuadamente un conflicto y creemos razonable que se haga extensivo a toda infracción conminada con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, para fomentar la disposición al arreglo, a la solución del conflicto en que consiste la infracción a la norma, y hacer del Derecho penal un verdadero instrumento de solución de problemas sociales permitiendo en buen número de casos la transacción sobre delitos.

Capítulo XXVIII
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

SUMARIO: I. Generalidades. 1. Sistema monista. 2. Sistema dualista. 3. Sistema vicarial. 4. Sistema de la vía única. II. Sistema peruano. 1. Internación. 2. Tratamiento ambulatorio. III. El caso de imputables relativos: el sistema vicarial. IV. Duración de las medidas de seguridad. V. Proporcionalidad de las medidas de seguridad.

I. GENERALIDADES

La medida de seguridad es una consecuencia jurídica que consiste en privar temporalmente de ciertos bienes jurídicos a quienes han realizado un tipo penal, careciendo de culpabilidad, pero revelando con ello su peligrosidad social.

El propósito de la medida de seguridad debe satisfacer básicamente necesidades de prevención especial[1316] pues se trata de condicionar conductas adaptativas en sujetos que con motivo de su estado psiquiátrico realizaron un tipo penal sin cometer delito por ser inimputables.

El Derecho penal responde con penas y con medidas de seguridad. Las penas son contingentes a delitos perpetrados por sujetos con capacidad de culpabilidad.

[1316] TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit., p. 131.

Las medidas de seguridad son contingentes a realizaciones típicas a cargo de inimputables o semiimputables.

Existe pues un sistema dual: penas y medidas de seguridad[1317]; pero no es el único, hay otros:

1. Sistema monista

Se trata de una propuesta simple que en síntesis propugna que deben aplicarse o las penas o las medidas de seguridad, pero no ambas.

El fundamento de esta propuesta radica en la aceptación de que las penas y las medidas de seguridad son la misma cosa[1318].

2. Sistema dualista

De admitir que con solo las penas no se puede ejercer el control penal, surge este sistema 'dual' o de 'doble vía': «Por un lado el delito fundado en la culpabilidad; de otro, la peligrosidad criminal como génesis y base de las medidas de seguridad y prevención»[1319].

3. Sistema vicarial

Se trata de una posición tercera, llamada también 'sustitutiva', pues la pena basada en la culpabilidad puede ser sustituida, en su ejecución, por una medida de seguridad[1320].

Este sistema sería aplicable a los muy peligrosos y a los habituales.

4. Sistema de la vía única

Consistiría este sistema, según Jescheck en que, «el dualismo entre penas y medidas de seguridad que se deduce del principio de

---

[1317] En el Perú la tradición dual proviene del jurista suizo Carl Stoos, quien la propuso en 1883 en su anteproyecto del Código Penal suizo que más adelante influiría en el Código Penal peruano de 1924 (nota del autor).

[1318] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 775, que no lo acepta. Por otra parte CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., T. I, p. 40, afirma que ello implica regresar al Derecho penal del siglo XIX.

[1319] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 775.

[1320] Loc. cit.

culpabilidad se aproxima durante el periodo de ejecución a la solución monista, a través de un flexible sistema de intercambio de las diferentes sanciones»[1321].

II. SISTEMA PERUANO

El Código Penal peruano opta por un sistema 'dual'. Las penas para los culpables de un delito y las medidas de seguridad para los realizadores inimputables de un tipo penal.

Para el caso de los semiimputables, el Código peruano sigue el sistema vicarial.

El artículo 71º del Código Penal, señala como medida de seguridad las siguientes: internación y tratamiento ambulatorio.

1. Internación

Regulada y definida por el artículo 74º del Código Penal, esta medida de seguridad «consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia».

No era necesario sin embargo, que el legislador agregara al final del artículo 74º aquello de que «solo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves». Es un exceso de garantismo, que deja traslucir el prejuicio de que la medida de seguridad es una pena, esto es, un castigo. Lo que no es exacto, y porque además, la sola comisión de otro injusto por parte del inimputable, solo grave (y hasta las leves lo son y por ello están en el catálogo), puede merituar la internación en atención a criterios de prevención especial.

En general la internación es la correspondencia adecuada a una realización típica y antijurídica por parte de un inimputable. Se trata además de una medida posdelictual o postípica dado que la medida

---

[1321] JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de Muñoz Conde y Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1981, T. II, p. 1053.

de seguridad exige la consecuencia de dos circunstancias (artículo 72º del CP).

- Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito y
- Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele proclividad a la reincidencia o reiterancia.

En cuanto a los lugares de internación, decir que ellos serán desde luego los hospitales psiquiátricos (Víctor Larco Herrera, El Asesor, etc.) o clínicas de día, lo mismo que centros de rehabilitación de drogo-dependientes.

2. Tratamiento ambulatorio

El artículo 76º del Código Penal señala que el tratamiento ambulatorio será establecido y se aplicará conjuntamente con la pena, al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación.

El tratamiento ambulatorio se lleva a cabo, sin internar al agente, y consiste en visitar al o los especialistas en conducta humana (médicos o psicólogos), en determinadas ocasiones, para seguir un tratamiento farmacológico o psicoterapéutico que pueda incluir 'laborterapia', 'terapia de grupo', etc.

III. EL CASO DE IMPUTABLES RELATIVOS: EL SISTEMA VICARIAL

Para el caso de los semiimputables, a quienes alcanza una eximente incompleta, se considera el sistema vicarial que regula el artículo 77º del Código Penal que dice:

> «***Artículo 77º***.- *Cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. El periodo de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento*».

La fórmula nos parece interesante, no obstante su marcado acento monista no distintivo entre penas y medidas de seguridad.

Insistimos en que la fórmula es adecuada, pues en el semi-imputable la realización del tipo está condicionada y hasta determinada por su estado psicológico (*borderline*, toxicomanía, alcoholismo, etc.), en consecuencia la medida de seguridad previa a la pena es lo más lógico como es igualmente lógico que si el tratamiento resulta exitoso, el juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración.

IV. DURACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Dice el artículo 75º del Código Penal con criterio garantista que, «la duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicarse por el delito cometido».

Sin perjuicio de que el juez lo solicite, cada seis meses la autoridad del centro de internación deberá remitir al juez una pericia médica, a fin de darle a conocer si las causas que originaron la medida han desaparecido.

En este último supuesto, el juez cesará la medida de internación impuesta.

Se trata de un garantismo destinado a evitar, so pretexto de la prevención especial, las medidas de internación indeterminadas basadas en la peligrosidad del agente.

V. PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

El artículo 73º del Código Penal dice:

> «***Artículo 73º***.- *Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado*».

Aclarar que la proporcionalidad que menciona el artículo 73º es distinta y más amplia e hipertrofiada que la consagrada por el artí-

culo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que alude a una proporcionalidad de la pena al hecho, dado que en este la proporcionalidad será a la peligrosidad del agente, la gravedad del hecho y la que hipotéticamente cometería de no ser tratado.

Se instala en nuestro ordenamiento jurídico claramente, un derecho penal de autor y una contingencia predelictual.

Capítulo XXIX
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA

SUMARIO: I. Generalidades. II. Causas que extinguen acción penal. 1. Muerte del imputado. 2. Prescripción. a. Plazos de prescripción. b. Iniciación del plazo. c. Interrupción de la prescripción. d. Prescripción suspendida. 3. Amnistía. 4. La cosa juzgada. 5. El desistimiento. 6. La transacción. III. Causas de extinción de la pena. 1. La muerte del condenado. 2. La amnistía. 3. El indulto. 4. La prescripción. 5. La cosa juzgada. 6. La exención de la pena. 7. El perdón del ofendido.

I. GENERALIDADES

Perpetrado el hecho punible se activa el sistema de control penal, persiguiéndose el delito e imponiéndose la pena correspondiente. Ocurre sin embargo, que tanto la acción penal como la pena son extinguibles por distintas situaciones que la ley prevé en atención a causas naturales (muerte del infractor), a criterios de pacificación o solución de conflictos sociales, seguridad jurídica (prescripción) o por causas socio-políticas o de Estado (amnistía o indulto).

II. CAUSAS QUE EXTINGUEN ACCIÓN PENAL

El artículo 78º del Código Penal señala como causas que extinguen la acción penal las siguientes:

1. Muerte del imputado.
2. Prescripción.

3. Amnistía.
4. Cosa juzgada.
5. Desistimiento.
6. Transacción en acción privada.

1. Muerte del imputado

La acción penal se extingue desde luego con la muerte del imputado, en atención al principio de personalidad de las penas y al principio de responsabilidad penal que es personalísimo *Mors omnia solvit* (La muerte lo deshace todo). Queda incólume la responsabilidad civil que dará pie a la víctima iniciar la acción civil contra los bienes del agente fallecido, aun cuando no haya existido sentencia condenatoria o absolutoria.

2. Prescripción

Nos dice Maurach que se trata de un instituto de naturaleza procesal[1322] cuyo núcleo justificador lo da el transcurso del tiempo que convierte la persecución en innecesaria por extemporánea.

Dice a su turno Edelmiro Porto que, «ocurre esta extinción porque el Estado, como titular exclusivo de la potestad punitiva, puede renunciar a ella en forma total o parcial, y absoluta o condicionada, y así lo hace, en efecto, en los casos y con las condiciones que el mismo preestablece mediante leyes con las que autolimita el ejercicio de su soberanía»[1323].

La prescripción de la acción penal es regulada por el artículo 78º inciso 1 del Código Penal, por el solo transcurso del tiempo. Se trata «de la pérdida de la pretensión punitiva del Estado por haber dejado pasar el tiempo sin ejercer la acción»[1324].

[1322] MAURACH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 969.

[1323] PORTO, Jesús Edelmiro, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1956, p. 10.

[1324] JESÚS, Damasio de, *Dereito penal. Parte general*, Saraiva, Sao Paulo, 1985, p. 619.

Se admite modernamente que el fundamento de la prescripción es político-criminal, pues se hace innecesario el castigo habida cuenta del tiempo transcurrido dado que este dificulta la actividad probatoria. Finalmente, se añade un criterio de seguridad jurídica.

Respecto a su naturaleza jurídica, se sigue la propuesta de Welzel en el sentido que la prescripción «tendría una doble índole: de una parte, es causal jurídico material de la pena y de otra, un obstáculo procesal para su persecución»[1325].

Roy Freyre[1326] sintetiza los fundamentos de la institución que comentamos de la siguiente manera:

- La sociedad olvida paulatinamente el delito hasta el extremo que su recuerdo mismo desaparece.
- La aplicación tardía de la pena carece de eficacia o ejemplaridad.
- El transcurso del tiempo tiene la virtud de corregir al autor o partícipe de un delito.
- La legitimidad de la persecución y la conveniencia de ejecutar la pena son canceladas por el simple discurrir del tiempo durante el cual el *ius puniendi* no logra su objetivo debido a la negligencia de los órganos estatales.
- El tiempo hace que los medios de prueba se debiliten o desaparezcan.
- La transformación del delincuente, operada en el transcurso del tiempo, impide calcular la pena a imponerse, o tener seguridad acerca de la eficacia de su ejecución.

a. Plazos de prescripción

La ley fija un periodo o plazo después del cual la acción penal no puede incoarse. A este se lo conoce como plazo de prescripción.

[1325] WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, cit., p. 359.

[1326] ROY FREYRE, Luis Eduardo, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Grijley, Lima, 1997, p. 50.

El plazo lo fija el artículo 80º del Código Penal, veamos:

«***Artículo 80º***.- *La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.*

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica».

A su vez las faltas prescriben al año en aplicación del artículo 440º del Código Penal.

Es de advertir que para la determinación de la prescripción la penalidad que se toma en cuenta es la abstracta con la que el tipo conmina, y no con la pena pronóstico para el caso concreto.

El tratamiento de la prescripción para el concurso real de delitos es separado para cada uno.

Para el concurso ideal el plazo de prescripción se orienta por la infracción más grave.

El plazo de prescripción en ningún caso excederá de veinte años. En el caso de la pena de cadena perpetua es de 30 años[1327].

[1327] Según Acuerdo Plenario Nº 9-2007/CJ-116, en el supuesto en que el delito cometido merezca la pena de cadena perpetua *el plazo ordinario* de prescripción de la

En el caso de los delitos cuya pena sea distinta a la pena privativa de libertad, la prescripción ocurre a los dos años.

Finalmente, tratándose de agentes con edad menor de veintiún años o mayor de sesenta y cinco años, el plazo de prescripción de cualquier infracción se reduce a la mitad.

Nos dice Roy Freyre, que el fundamento de esta reducción «es la imputabilidad restringida de la gente en atención expresa a su edad»[1328].

Sin embargo, advierte con razón el maestro sanmarquino[1329], la incongruencia existente entre la fijación de un crítico penal de veintiún años cuando en el ámbito civil a tenor del artículo 42º del Código Civil, el crítico cronológico es de dieciocho años de edad.

b. Iniciación del plazo

El artículo 82º del Código Penal, muy claramente señala el momento en que comienza a computarse el plazo de prescripción.

a. Con la tentativa, desde el día siguiente en que cesó la actividad delictuosa.
b. En el delito instantáneo, el plazo comienza a computarse a partir del día en que se consumó.
c. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa.
d. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

c. Interrupción de la prescripción

Lo norma el artículo 83º del Código Penal, que establece en qué circunstancia se interrumpe el plazo de prescripción y comienza a computarse uno nuevo.

---

acción penal será de treinta años, mientras que *el plazo extraordinario* de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

[1328] ROY FREYRE, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., p. 63.

[1329] Loc. cit.

La prescripción se interrumpe:

a. Por las actuaciones del Ministerio Público: Ej. denuncia fiscal, dictamen acusatorio, etc.

b. Por actuación de las autoridades judiciales: Ej. auto apertorio de instrucción, orden de captura, etc.

c. Por la comisión de un nuevo delito doloso.

Ahora bien, como una demora excesiva derivada de la pasividad de los órganos de control penal pudiera atentar contra el debido proceso o contra la seguridad jurídica, la ley ha previsto que la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

A esto último, se le conoce como «prescripción larga» o «prescripción extraordinaria».

d. Prescripción suspendida

Señala el artículo 84º que el plazo de prescripción se suspende «si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento».

Se trata de un recurso civilista por el que excepcionalmente se suspende el cómputo del plazo, hasta que se resuelva el asunto –no penal– que lo motivó.

Las cuestiones que suspenden el plazo de prescripción son dos:

a. Cuestiones previas

b. Cuestiones prejudiciales

Se da la cuestión previa o se la deduce cuando se ha abierto investigación faltando un requisito de procedibilidad. Ejemplo: en el delito de omisión de asistencia alimentaria (artículo 149º del Código Penal), se requiere previamente el correspondiente juicio de alimentos (artículo 4º del CPP de 1940).

La cuestión prejudicial impide la acción penal pues es necesario determinar en la vía extrapenal la existencia de un elemento del

tipo. Por ejemplo: nulidad de matrimonio en el delito de bigamia (artículos 139º del CP y 4º del CPP de 1940).

Ante la exigencia del artículo 84º del Código Penal de que la cuestión deba ventilarse en «otro procedimiento», debemos precisar que ese procedimiento extrapenal puede ser civil, administrativo, laboral, etc.

Respecto de los partícipes el artículo 88º del Código Penal dispone que la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible.

La fuente la encuentra Roy Freyre en el artículo 67º, último párrafo, del Código Penal argentino de 1921, y no en el artículo 106º del Código Penal tipo para Latinoamérica como sostiene Villavicencio Terreros[1330].

El fundamento de esta previsión es el carácter personal que tiene la prescripción.

El artículo 91º del Código Penal consagra que el imputado tiene derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal.

La fuente de este artículo está en el artículo 86º del Código Penal colombiano de 1980.

Señala el maestro Roy Freyre con razón, que existiendo la presunción de inocencia conforme el artículo 2º, inciso 24, apartado e de la Constitución Política del Perú, «ya no tiene razón de ser la renuncia de prescripción»[1331].

- Plazos de prescripción de la acción penal para delitos con pena privativa de la libertad temporal: «*[T]ratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29º o en diferentes delitos tipificados en la parte especial del*

[1330] ROY FREYRE, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., p. 91.

[1331] Ibídem, p. 96.

Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80º del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua. 9. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83º del Código Penal. 10. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años» (Pleno Jurisdiccional de las salas permanente y transitoria de la Corte Suprema, Acuerdo plenario Nº 9-2007/CJ-116).

3. Amnistía

La amnistía (del vocablo latino '*amnesis*') es el olvido. Un derecho de gracia, por el cual el Estado decide perdonar y olvidar lo ocurrido en atención a intereses más importantes.

La amnistía extingue la acción penal en procura de la concordia nacional. Es un acto conciliatorio y propiciador de la paz social[1332].

[1332] SOBREMONTE MARTÍNEZ, José/COBO DEL ROSAL, Manuel, *Indultos y amnistía*, Valencia, 1980, pp. 62-63.

Lascano la define como «un acto de soberanía interna del Estado por el que, fundado en graves razones de orden público cuya existencia y oportunidad solo al Poder Legislativo le compete valorar, este, por medio de una ley con efecto retroactivo, declara el olvido de infracciones de naturaleza penal (delitos comunes o políticos e infracciones contravencionales o disciplinarias), ocurridas con anterioridad, produciendo la extinción de todas sus consecuencias represivas, sin individualizar a los destinatarios del beneficio, quienes no pueden renunciarlo, y una vez reconocido por una resolución judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, es irreversible»[1333].

La Constitución Política de 1993, consagra el derecho de gracia en que consiste la amnistía, en el inciso 13 del artículo 139º, que produce el efecto de cosa juzgada, siendo atribución del Congreso (artículo 102º inciso 6) otorgarla.

Siguiendo a Roy Freyre, precisamos que la amnistía elimina la adecuación típica. «La amnistía reconoce que nada hubo o nada hay que deba subsumirse en la parte preceptiva de la norma penal puesto que nunca existió realmente una acción u omisión capaz de lesionar o poner en peligro bien jurídico alguno»[1334].

4. La cosa juzgada

Cuando a consecuencia de un procedimiento penal se tiene una resolución firme o ejecutoriada, condenatoria o absolutoria, ella produce el efecto de cosa juzgada, por lo que de dicha sentencia se hace imposible abrir un nuevo proceso por el mismo delito al mismo autor.

Esta garantía la consagra el inciso 13 del artículo 139º de la Constitución, que señala «la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada». Asimismo, según el inciso 2 del artículo 78º de la ley penal, «la acción penal se extingue por autoridad de cosa juzgada».

[1333] LASCANO, Carlos J. (h), *La amnistía en el Derecho argentino*, Marcos Lerner, Córdoba, 1989, p. 1, citado por SÁENZ TORRES, Alexei, *La prescripción extraordinaria de la acción penal en el sistema penal peruano (a cinco años de vigencia del Código Penal de 1991)*, tesis, UNMSM, Lima, 1996, pp. 25 y ss.

[1334] ROY FREYRE, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., p. 178.

La institución de la 'cosa juzgada' produce y garantiza la seguridad jurídica que asegure que no se puede juzgar dos veces, al mismo agente, por la misma comisión.

5. El desistimiento

El Derecho penal es eminentemente público y es titular de la acción penal el Ministerio Público, por eso es que el desistimiento solo procede en el supuesto de la acción privada o querella de parte para los tipos penales que recogen el delito contra el honor.

El desistimiento lo regula el artículo 78º del Código Penal.

6. La transacción

En el Derecho penal peruano no existe propiamente 'la composición' por la que víctima y victimario decidirían resolver entre si el conflicto entre ellos nacido de la infracción de la norma. Sería necesario que se legislara sobre la materia.

La transacción está reservada a la querella de parte, es decir, en la acción privada, por la que las partes –querellante y querellado– pueden poner fin a la misma acordando lo que estimen adecuado y no vulnere el orden público.

El principio de oportunidad contenido en el artículo 2º del Código Procesal Penal de 1991, es el primer paso para introducir la composición en delitos mayores.

III. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA

Nos encontramos aquí en un supuesto diferente al que se destinan las causas que extinguen a la acción penal, puesto que estamos frente a un condenado. Por tanto, extinguen la pena: La muerte del condenado, La amnistía, El indulto, La prescripción, La cosa juzgada., La exención de pena, El perdón del ofendido.

1. La muerte del condenado

Lo norma el inciso 1 del artículo 85º del Código Penal.

La muerte del condenado acarrea la de la pena. Se extingue pues la pena, o penas impuestas (principal y accesoria). Cualquiera sea su índole.

2. La amnistía

Como hemos anticipado a propósito de las causas que extinguen la acción penal, la amnistía también se le puede aplicar a las penas y independientemente de su gravedad.

El artículo 4º de la Convención Americana y el artículo 6º del Pacto de San José, son instrumentos jurídicos internacionales que reconocen con rango constitucional el Derecho peruano, prevén la concesión de la amnistía incluso a los condenados a muerte[1335].

3. El indulto

El indulto es igualmente un derecho de gracia del que puede hacer uso el Jefe de Estado. El artículo 118, inciso 21 de la Constitución Política del Estado, faculta al Presidente de la República conceder indulto y conmutar penas y ejercer el derecho de gracia en favor de los procesados y condenados.

Aclarar que a diferencia de la amnistía que olvida el delito y la pena retroactivamente, el indulto solo extingue la pena y rige para el futuro.

4. La prescripción

Con las precisiones ya mencionadas a propósito de las causas que extinguen la acción, en este caso solo apunta a extinguir la pena ya impuesta y no cumplida. Si son varias penas, se extinguen por separado (artículo 88º del CP), aclarar que no es la condena la que se extingue por prescripción, pues subsistirá.

El plazo de la prescripción de la pena lo fija el artículo 86º del CP y «es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la

---

[1335] O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los Derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, p. 63.

acción penal y se computa desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme».

5. La cosa juzgada

Es obvio que el cumplimiento de la pena extingue la responsabilidad penal (artículo 85 inciso 2 del CP).

Por cumplimiento de la pena entendemos su padecimiento real y efectivo, tanto como aquello que se entiende por cumplida fictamente por haber vencido la suspensión condicional en que consistió la pena.

El artículo 90º del Código Penal recoge el instituto de la cosa juzgada al declarar que «nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente». Estamos en el *non bis in idem* que significa «no dos veces sobre lo mismo».

6. La exención de la pena

Se trata de lo normado por el artículo 68º del Código Penal por virtud del cual, el juez, atendiendo a la responsabilidad mínima del agente y de la lesión, queda facultado a eximir la pena. Lo recoge el artículo 85º, inciso 3 del Código Penal.

7. El perdón del ofendido

Se valida esta causal de extinción de la pena, para la que se cumple con ocasión de una querella, es decir en los delitos de acción privada (artículo 85º, inciso 4 del Código Penal).

Landrove Díaz, considera el perdón post sentencia una modalidad de «gracia privada»[1336].

[1336] LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 139.

Capítulo XXX
LA REPARACIÓN CIVIL Y CONSECUENCIAS ACCESORIAS

SUMARIO: I. La reparación civil. 1. Restitución del bien. 2. La indemnización de daños y perjuicios. II. Consecuencias accesorias. 1. El comiso. 2. Privación de beneficios a personas jurídicas. 3. Consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. III. Notas acerca de la reparación conciliatora.

I. LA REPARACIÓN CIVIL

La perpetración de un hecho delictuoso acompaña la pena o la medida de seguridad y, además, la reparación civil del daño.

El artículo 92º del Código Penal, prescribe que conjuntamente con la pena se determinará la reparación civil correspondiente y que no puede ser otra que la prevista por el artículo 93º del Código Penal.

1. Restitución del bien

Se trata en suma de «restaurar o reponer la situación jurídica quebrantada por la comisión de un delito o falta»[1337].

La obligación restitutiva alcanza bienes muebles o inmuebles, tal el caso del bien inmueble usurpado.

[1337] QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 670.

2. La indemnización de daños y perjuicios

Lo regula el inciso 2 del artículo 93º del Código Penal y comprende el resarcimiento del daño moral y material que se adiciona a la restitución del bien.

Es oportuno que el juez administre el punto con el Derecho civil que regula en ese ámbito, la materia y entre otros conceptos se atenderá al daño emergente lo mismo que al lucro cesante.

Criterios de economía procesal y de justicia deben hacer de la justicia penal en este extremo, un instrumento tanto o más efectivo que la privada del Derecho civil, para evitar a los agraviados de un delito que, en procura de un mejor resarcimiento, acudan a la vía civil duplicando esfuerzos, agudizando conflictos y recargando al sistema de justicia que debiera de una vez por todas zanjar el conflicto originado en la infracción de la norma.

II. CONSECUENCIAS ACCESORIAS

La comisión de un injusto puede traer consecuencias accesorias y la ley prevé como tales, las siguientes:

1. El comiso

El artículo 102º del Código Penal preceptúa que, «el juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción».

Se trata de una consecuencia accesoria a la pena principal, con propósitos de restablecimiento normativo cuando del decomiso de instrumentos lesivos se trata, o de los efectos del delito, lo que resulta natural.

2. Privación de beneficios a personas jurídicas

El artículo 104º del Código Penal señala que el juez podrá ordenar lo que se llama el «comiso de la ganancia», es decir, la privación de los beneficios obtenidos por la persona jurídica de la actividad delictiva de sus funcionarios o dependientes en ejercicio de sus funciones y para

dichas personas jurídicas. Se trata de no aceptar una ilícita situación patrimonial o «de una medida tendente a impedir el lucro ilícito»[1338].

3. Consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas

Dice el artículo 105º del Código Penal lo siguiente:

> «***Artículo 105º***.- *Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:*
>
> 1. *Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*
> 2. *Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.*
> 3. *Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.*
> 4. *Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*
>
> *La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.*
>
> *Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un periodo de dos años.*
>
> *El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas*».

Como es de verse, se trata la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contrariando discretamente el principio *societas*

[1338] MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La pena de comiso en el proyecto de Código Penal», en: *ADPCP. Número Monográfico en memoria del profesor José Antón Oneca*, fascículos II y III, Madrid, 1981, p. 620.

dilinquere no potest, o maquillándolo con la institución o teorías del «actuar por otro'»[1339] y afectando penas ad hoc para las empresas[1340].

Se objeta en la doctrina que las personas jurídicas por carecer de capacidad de acción y de culpabilidad, sean penadas. Ello es atacado por Jakobs que plantea por el contrario que, «si concurre acción no se resuelve desde un punto de vista naturalístico; más bien lo importante es la determinación valorativa del sujeto de la imputación. Pero no cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de ingredientes de una persona física (mente y cuerpo) y no de una persona jurídica (estatutos y órganos). Lo que importa es lo externo (out put). Las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica»[1341]. Lo propio ocurre con la culpabilidad.

El fundamento de la responsabilidad castigada de la persona jurídica es su peligrosidad objetiva[1342].

III. NOTAS ACERCA DE LA REPARACIÓN CONCILIATORA

Es común que el orden jurídico-penal poco o nada estimula la reparación a la víctima; incluso desalienta en el autor su voluntad resarcitoria por aquello de que «no hay transacción sobre delito», forma perversa de intervencionismo estatal que debe ser revisada. No se debe perder de vista que en la mayoría de las veces en la víctima denunciante reposa el impulso inicial de la persecución penal, de donde se espera entonces que recibiese la víctima algo a cambio;

[1339] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 183 y ss.; GRACIA MARTÍN, Luis, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N 4, Lima, 1994, p. 449.

[1340] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho penal», en: SILVA SÁNCHEZ/SCHÜNEMANN/DE FIGUEREIDO DÍAS, *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 357.

[1341] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 183.

[1342] CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, p. 303.

pero como señala Guadalupe Pérez Sanzberro, refiriéndose a esta víctima «posteriormente queda sometida a los órganos de la administración de justicia que representan el interés público en la represión del delito, sin que apenas obtenga a cambio contrapartidas»[1343].

De lo dicho resulta evidente el tímido papel que cumple el Derecho penal en la solución de conflictos y el fomento de la paz social. Distinto es el caso si se mira el hecho delictivo como un «conflicto entre los afectados»[1344], pues recién entonces se tomará como necesario lo que los norteamericanos y canadienses han denominado desde la década del setenta los «programas de la reconciliación víctima infractor» *(victim offender reconciliation programs)* o la de 'restitución'[1345].

Ambos programas pacificadores se llevan a cabo con el auxilio de instancias privadas religiosas o comunitarias. En el Perú podrían intervenir la pluralidad de iglesias, la Defensoría del Pueblo o instancias de conciliación dentro de un marco jurídico garantista que predetermine legalmente el modelo minimizando la discrecionalidad.

El concepto de 'reparación' que nos ocupa no coincide simétricamente con el clásico de reparación social, y «abarca tanto prestación materiales como inmateriales, e incluso por suponer la dedicación de tiempo o trabajo en beneficio de la víctima»[1346].

A su turno el concepto de 'conciliación' implica el alcance de un acuerdo entre víctimas y autor con el auxilio de una instancia mediadora que facilite la comunicación orientada a revisar el hecho, sus implicancias y el resarcimiento[1347].

Debemos precisar además que la reparación conciliatoria no hace el papel de pena. Así Hans Joachim Hirsch, con la elocuente

---

[1343] PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, «Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?», en: *Estudios de Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, p. 13.

[1344] Ibídem, p. 16.

[1345] Loc. cit.

[1346] PÉREZ SANZBERRO, «Reparación y conciliación en el sistema penal ¿apertura de una nueva vía?», cit., p. 20.

[1347] Ibídem, p. 23. Cfr. SCHRECKLING, Jürgen, *Bestandsaufnahme zur prazis Täter-opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, 1991, p. 1.

agudeza que lo caracteriza, nos dice con acierto que «con el derecho indemnizatorio se trata de la compensación de los daños materiales y, en su caso, de los inmateriales provocados por el autor, constituyendo así el aspecto civil del hecho»[1348].

Tampoco implica la reparación conciliatoria una tercera vía (Dritte Spur) como pretende Frehsee[1349], Roxin y otros, al lado de la pena y las medidas de seguridad (como tratamiento. Al respecto nuevamente Hirsch aboga por diferenciar claramente el orden jurídico civil del penal sin perjuicio que reconoce la relevancia penal de la reparación, pues incorporando el modelo de la reparación –que siempre tiene un signo civil– el reparador «hace patente la inversión en su motivación (arrepentimiento) y con ello, se hace merecedor de la concesión de un privilegio la respecto a la pena en la que de por sí habría incurrido».

Concordamos con Hirsch en que el Derecho penal tiene sus propias y distintivas características, así también con que la reparación además de facilitadora propicia, de cara a criterios de prevención especial, una inversión constructiva de la motivación del infractor, pero interpretamos con el maestro Hirsch que la índole jurídico-penal de la reparación conciliatoria no enerva el hecho que pacífica, humaniza y resuelve.

De cualquier modo se confrontan dos sistemas: el represivo centrado en el castigo y el económico centrado en la resolución de conflicto mediante la negociación[1350]. Todo con amparo constitucional[1351] que permite democráticamente elegir el sistema a los protagonistas, sobre todo, y principalmente, tratándose de delitos menores o menos graves. El Derecho penal peruano debe atender esta urgencia.

[1348] HIRSCH, Hans Joachim, «Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts», en: *ZStW* 102 (1990), p. 538.

[1349] FRESHSEE, Detlev, *Schadenswiedergutmachung als instrument strafrechtlicher sozialkontrolle. Ein Kriminalpolitscher Beitrag zur Suche nach alternative Sanktiones formen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1987, p. 119.

[1350] VARONA MARTÍNEZ, Gema, «La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica», en: *Estudios de Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 129.

[1351] Loc. cit.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Causalidad e imputación objetiva en el Derecho penal», en ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997.

ALBRECHT, Peter Alexis, *La insostenible situación del Derecho penal. Estudios de Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. 533.

AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho penal internacional*, Medellín, 1997, pp. 48 y ss.

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.

ANCEL, Marc, *La Défense Sociale Nouvelle*, Dalloz, París, 1980

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1960.

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1988.

ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1986.

ARIAS-SCHEREIBER, Alfonso, «Fundamento de la soberanía marítima del Perú», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM*, Año XXXIV, Nºs 1-11. Lima, 1970.

ARMAZA GALDÓS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando, *La decisión judicial. Para leer el Derecho positivo a través de la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

ÁVILA, Raúl, *Las lenguas y su organización*, Trillas, Madrid, 1981.

BACIGALUPO, Enrique, «Significación y perspectiva de la oposición 'Derecho penal y política criminal'», en *Revue International du Droit Pénal*, París, 1978.

BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1989.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Akal, Madrid, 1994.

BACIGALUPO, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, Madrid, 1994.

BANDURA, Albert/WALTERS, Richard, *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.

BARATTA, Alessandro, «Criminología critica y política criminal alternativa», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, Nº 1, Paris, 1978.

BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, trad. Álvaro Bunster, Siglo XXI, México, 1986.

BARATTA, Alejandro, «No está en crisis la Criminología (entrevista)» en MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, *¿Qué pasa en la Criminología moderna?*, Temis, Bogotá, 1990.

BARATTA, Alessandro, «Integración, prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 24 (1984).

BARBERO SANTOS, Marino, *Política y Derecho penal en España*, Tucar, Madrid, 1977.

BARBERO SANTOS, Marino, *Marginación social y Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980.

BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistemas. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1981.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, trad. Francisco Tomás y Valiente, Orbis, Barcelona, 1984.

BECKER, Gary, *The economic approach to human behaviour*, Universidad of Chicago Press, 1976.

BELING, Ernst von, *Esquema del Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1944.

BELING, Ernst von, «Il significato del principio *nulla poena sine lege poenali* nella determinazione dei concetti fundamentali del diritto penale», en *Giustizia penale. Parte prima*, 1931.

BELING, Ernst von, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906.

BENTHAM, Jeremías, *Theorie des primes et des récompenses*, Bruselas, 1940.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987.

BERGALLI, Roberto, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Universidad Complutense, Madrid, 1976.

BETTIOL, Giuseppe, *El problema penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1959.

BIERLING VON, Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, Scientia, Aalen, 1984.

BINDING, Karl, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Scientia, Leipzig, 1975.

BLEI, Hermann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18ª ed., Múnich, 1983.

BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Múnich, 1975.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España», en *Nuevo Foro Penal*, Nº 59, Bogotá, 1993.

BLUMSTEIN, A.; COHEN, J. y NAGIN, D., *Deterrence and incapacitation: estimating the effects of criminal sanctions on crimen rates*, National Academy of Science, Washington D.C., 1978.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Código Penal anotado*, Editorial San Marcos, Lima, 1995.

BRAMONT-ARIAS, Luis/BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, *Código Penal anotado*, Revisado y comentado por María del Carmen García Cantizano, 3ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 2000.

BRICOLA, Franco, «Il costo del principio '*societas delinquere non potest*' nell' attuale dimensione del fenomeno societario», en *RIDPP*, 1970.

BRICOLA, Franco, «Teoría generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, UTET, Torino, 1973.

BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht*, Carl Heymanns, Köln, 1974.

BUENO ARÚS, Francisco, «Nociones básicas sobre extradición», en *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Nº 24, Madrid, 1979.

BUNGE, Mario, *Causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna*, Eudeba, Buenos Aires, 1961.

BUNGE, Mario, *La investigación científica*, Ariel, Barcelona, 1972.

BUNSTER, Alvaro, «En torno de la imputabilidad penal», en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Nº 11, México D.F., 1987.

BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis, *La doctrina peruana de las 200 millas*, Lima, 1972.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal comparado*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte general*, ARA, Lima, 2004.

CALSAMIGLIA, Alberto, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1986.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, J.M. Bosch, Barcelona, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de las teorías de la adecuación social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

CARO CORIA, Carlos, «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo al funcionalismo sistémico de Jakobs», en *Themis* 35, Lima, 1997.

CARO JOHN, José Antonio, *Causalidad e imputación. Lineamientos de una dogmática jurídico-penal normativista*, Tesis para optar el título de abogado, UNMSM, Lima, 1996.

CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1971.

CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1944.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1956.

CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2006.

CATANIA, Charles, *Investigación contemporánea en conducta operante*, Trillas, México D.F., 1974.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, T. 1, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*, T. II, Tecnos, Madrid, 1993; 6ª ed., 1998.

CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general. Lecciones*, 2ª ed., Madrid, 2000.

CERRÓN PALOMINO, Rodolfo, «Aprender castellano en un contexto plurilingüe», en *Lexis. Revista de Lingüística y Literatura*, Nº 1, PUCP, Lima, 1981.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001*, Jurista, Lima, 2002.

CIEZA DE LEÓN, Pedro, *Del señorío de los incas*, Argentinas Solar, Lima, 1943.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

COHEN, Harold/FILIPCZAK, James y BIS, John, «Estudios de las contingencias aplicable a la educación», en *Control de la conducta humana*, Trillas, México D.F., 1974.

COING, Helmut, *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961.

CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona, 1976.

COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

COSTA JUNIOR, Paulo José da, *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Saraiva, São Paulo, 1989.

COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1965.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Ámbito y límites de la doctrina de la imputación objetiva», en *Libro Homenaje por el XXV Aniversario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007, pp. 61 y ss.

CUERDA RIEZU, Antonio, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992.

CUERDA ARNAU, María Luisa, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

CURY URZÚA, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Escuela de Derecho, Valparaíso, 1969.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.

DAHM, Georg, «Verrat und Verbrechen», en *ZStW 95* (1935).

DE CASTRO, Antonio, *Fundamento jurídico de la extradición*, Madrid, 1995.

DELGADO, Honorio, *Curso de psiquiatría*, Editorial Científico Médica, Barcelona, 1969.

DELITALA, Giacomo, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padua, 1930.

DOMÍNGUEZ, Benjamín *et al.*, «El análisis y el control de las actividades de grupos humanos bajo custodia», en *Modificación de la conducta. Análisis de la agresión y la delincuencia*, Trillas, México D.F., 1975.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, *Precis de Droit Criminal*, Dalloz, París, 1946.

ESER, Albin/BJÖRN, Burkhardt, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencia*, Colex, Madrid, 1995.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

EXNER, Franz, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig-Viena, 1910.

EXNER, Franz, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlín, 1914.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002.

FELIP I SABORIT, David, *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Concepto y límites del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1994.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, T. I y T. II, Temis, Bogotá, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, «Derecho penal mínimo», en *Poder y control*, Nº 0, Barcelona, 1986.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FERRI, Enrico, *Principios de Derecho criminal*, Reus, Madrid, 1993.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe den positiven peinlichen Recht*, 1799.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Lehrbuch der Strafrechts*, Berlín, 1957.

FEYERABEND, Paul, «¿Cómo defender a la sociedad de la ciencia?», en HACKING, Ian, *Revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1993.

FRAGOSO, Heleno Claudio, «Antijuridicidad», en *Revista Brasileira de Criminología e Direito Penal*, Nº 7, 1964.

FREUD, Sigmund, *Tótem y tabú*, Biblioteca Nueva, Madrid, *[Obras completas]*, 1968.

FRESHSEE, Detlev, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Ein kriminalpolitscher Beitrag zur Suche nach alternative Sanktiones formen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1987.

FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, trad. Cancio Meliá, Colex, Madrid, 1995.

GALLAS, Wilhelm, «Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología. Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988.

GARCÍA GALLO, Alfonso, *Estudios de historia del Derecho indiano*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972.

GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho indiano*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007.

GARCILASO DE LA VEGA (El Inca), *Comentarios reales de los incas*, Emecé, Buenos Aires, 1945.

GARÓFALO, Rafael, *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, PDM Ángel, México, 1885.

GARRIDO GUZMÁN, Luis, «Nuevas perspectivas de la revisión condicional de la pena», en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1983.

GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.

GIL GIL, Alicia, «Tribunales penales internacionales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Madrid, 2000.

GIL GIL, Alicia, «Los tipos mixtos y su clasificación», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Madrid, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos», en *Revista de Derecho de la Circulación*, Año II, Nº 11-12, Madrid, 1965.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la parte general de Derecho penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981.

GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *et al.*, *Omisión e imputación objetiva en el Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

GLASER, Julius, *Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht*, Viena, 1858.

GODENZZI, Juan Carlos, *Lengua, cultura y región surandina peruana*, Centro de Estudios Rurales Andinos Bartolomé de las Casas, Cusco, 1987.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1984.

GRACIA MARTIN, Luis, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, Lima, 1994.

GRAMATICA, Filippo, *Principi di difensa sociale*, Padua, 1961.

HABA, Enrique Pedro, «Ciencia jurídica: ¿Qué ciencia?», en *Ius et Praxis*, Nº 12, Lima, 1982.

HAFTER, Ernst, *Lehrbuch das Schweizerischen Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berna, 1946.

HARTMANN, Nicolai, *Introducción a la Filosofía*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1969.

HASSEMER, Winfried, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbeck de Hamburgo, 1974.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1989.

HASSEMER, Winfried, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992.

HEGEL, Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ullstein, Frankfurt, 1972.

HEGEL, Friedrich, *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, trad. Carlos Díaz, Libertarias, Madrid, 1993.

HEMPEL, Carl G., *La explicación científica: Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Paidós, Barcelona, 1988.

HIRSCH, Hans Joachim, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

HÖNIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festsgabe für Reinhard von Frank*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930.

HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

HRUSCHKA, Joachim, *Das Verstehen von Rechtstexten*, C.H. Beck, München, 1972.

HÜBNER, Kurt, *Critica de la razón científica*, Alfa, Barcelona, 1981.

HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Edilsa, Lima, 1978; 2ª ed., Eddil, 1987; 3ª ed., Grijley, 2005.

HURTADO POZO, José, «Responsabilidad y culpabilidad: Reflexión sobre la dogmática penal», en *Anuario de Derecho Penal*, PUCP, Lima, 1993.

IHERING VON, Rudolf, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Comares, Granada, 1998.

IRISARRI, Carlos Alberto, «Inimputabilidad penal», en *Debate Penal*, Año 3, Lima, 1989.

JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamento y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther, *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

JAKOBS, Günther, *Fundamentos de Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.

JAKOBS, Günther, «La denominada *actio libera in causa*», en *Poder Judicial*, Nº 50, Madrid, 1998, pp. 260 y ss.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1972.

JESCHECK, Hans-Heinrich, «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal», en *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, 1980.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Muñoz Conde y Mir Puig, Bosch, Barcelona, 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., Comares, Granada, 1993.

JESÚS, Damasio de, *Dereito penal. Parte general*, Saraiva, São Paulo, 1985.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. I - T. VI, Losada, Buenos Aires, 1964.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, Sudamericana, Buenos Aires, 1976.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La antijuridicidad*, Porrúa, México D.F., 1992.

KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, II parte, 1797.

KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Otto Schwarts, Göttingen, 1959.

KAUFMANN, Armin *et al.*, *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Bogotá, 1982.

KAUFMANN, Armin, «¿Atribución objetiva en el delito doloso?», trad. Joaquín Cuello Contreras, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 38, Madrid, 1985, pp. 807 y ss.

KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*, Grijley, Lima, 2007.

KLEIN, Ernst Ferdinand, *Grundsätze des gemeinen Deutschen und Preuzischen peinlichen Rechts*, 2ª ed., Hemmerde & Schwetschke, Halle, 1799.

KRECH, David/CRUTCHFIELD, Richard/BALLACHEY, E., *Psicología social*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1995.

KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1971.

LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal. Parte general*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

LAMPE, Ernst Joachim, «Ingerenz oder dolus subsequens?», en *ZStW* 72 (1960), p. 98.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1991.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad, Gil Cremades, Ariel, Barcelona, 1994.

LARRAURI PIJOAN, Elena, *La imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1989.

LOGOZ, Paul, *Comentaire du Code Pénal suisse. Partie générale*, Delachaux y Niestle, Neuchatel, París, 1976.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

LÜDERSSEN, Klaus, *Zum strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967.

LUHMANN, Niklas, *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Sur, Buenos Aires, 1973.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, «Legitima defensa y estado de necesidad defensivo», en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1985, Vol. 1, p. 117.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1996.

MAGALDI PATERNOSTRO, María José, *La legitima defensa en la jurisprudencia española*, Bosch, Barcelona, 1976.

MANSO PORTO, Teresa, Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal, en: *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 10.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Padua, 1992.

MANTOVANI, Ferrando, *El siglo XIX y las ciencias criminales*, Temis, Bogotá, 1988.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La pena de comiso en el proyecto de Código Penal», en *ADPCP. Número monográfico en memoria del profesor José Antón Oneca*, fascículos II y III, Madrid, 1981.

MANZANO MANZANO, Juan, *Historia de la recopilación de Indias*, Cultura Hispánica, Madrid, 1951.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1990.

MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

MARTIN BATISTA, Weber, «A pena de multa na lei das contravençoes penas», en *Ciencia e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Río de Janeiro, 1992, p. 598.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.

MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Karlsruhe, 1971.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz/GÖSSEL, Karl Heinz, *Derecho penal. Parte general 1*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte general*, La España Moderna, Madrid, 1884.

MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de José Rodríguez Muñoz, 2ª ed, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlín, 1949.

MILL, John Stuart, «System der dedutiven und induktiven Logik», en *Gesammelte Werke. Übersetzung von Theodor Gomperz*, Scientia Verlag, Aalen, 1968.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Reppertor, Barcelona, 1996.

MIRO QUESADA, Óscar, *Breves apuntes de mesología criminal peruana*, Lima, 1922.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés *et al.*, *Problemas capitales del moderno Derecho penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y en la dogmática penal del siglo XXI*, Jus Poenale, México D.F., 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.

MORLE, Antonio, *De los clanes a los imperios: organización social entre los primitivos y en oriente antiguo*, Montes, Barcelona, 1924.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco, «Culpabilidad y prevención», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 12, 1980, p. 54.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

NAUCKE, Wolfgang, «Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 1993, pp. 135, 158.

NAUCKE, Wolfgang, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en ROMEO CASABONA, Carlos María (dir.), *La insostenible situación del Derecho penal. Estudios de Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. 487.

NEDELMANN, Carl, «Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem dogma des Strafprinzips», en *Kritik der Strafrechtsreform*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968, pp. 21, 22, 23.

NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999.

NOYES, Arthur y KOLB, Lawrence, *Psiquiatría clínica moderna*, Prensa Médica Mexicana, México, 1969.

O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Estudios de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1993.

OSGOOD, Charles, *Curso superior de psicología experimental, método y teoría*, Trillas, México D.F., 1969.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtlehre*, Walter de Gruyter, Berlín, New York, 1952.

OTTO, Claus y SCHAFER, Hans-Bernd, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991

PACKER, Herbert, *Limiti della sanzione penale*, Giuffrè, Milán, 1978.

PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto penale*, Giuffrè, Milán, 1993.

PAREDES PÉREZ, Jorge M., *Para conocer el Código Penal*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1995.

PAREDES VARGAS, César Augusto, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, Tesis de Maestría, UNMSM, Lima, 1997.

PARSONS, Talcott, «Recht und soziale Kontrolle», en HIRSCH, Ernst E. y REHBINDER, Manfred (Edits.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Nº 28, Köln, 1967, p. 121.

PAVARINI, Máximo, *Control y dominación*, Siglo XXI, México D.F., 1983.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, Grijley, Lima, 1995.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1992.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 17 y ss.

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, «Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?», en *Estudios de Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, pp. 13 y ss.

SCHRECKLING, Jürgen, *Bestandsaufnahme zur prazis Täter-opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn, 1991.

PERRON, Walter, «Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Nºs 54-55, UNMSM, Lima, 1995, pp. 54-55,

PESSINA, Enrico, *Elementos de Derecho penal*, Reus, Madrid, 1919.

PHILLIPS, Elery, «Un lugar de progreso: aplicación de procedimientos de reforzamiento con fichas en un ambiente de rehabilitación semejante al hogar que se halla destinado a jóvenes predelincuentes», en *Control de la conducta humana*, Trillas, México D.F., 1974, pp. 114 y ss.

PIAGET, Jean, *Lógica y conocimiento científico. Naturaleza y método de la epistemología*, Proteo, Buenos Aires, 1970.

POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962.

PORTO, Jesús Edelmiro, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1956.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Comentarios al Código Penal de 1991*, Alternativas, Lima, 1993.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999.

PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Lenguas, lenguaje y Derecho*, Civitas, Madrid, 1991.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, J. Guttentag, Berlín, 1904.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1955.

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1994.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Antijuridicidad*, Temis, Bogotá, 1997.

ROCCO, Arturo, *El problema y el método de la ciencia del Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1978.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*, Grijley, Lima, 2007.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTE VARGAS, Alberto, *Código Penal: Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2001.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Grijley, Lima, 1997.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

ROMERO BARRANQUERO, Gladys, «La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 19, 1983, pp. 165 y ss.

ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

ROXIN, Claus, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en: *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1973, pp. 244 y ss.

ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1975.

ROXIN, Claus, «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes», en *Problemas básicos de Derecho penal*, trad. Diego Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976.

ROXIN, Claus, «Prävention und Strafzumessung», en *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Köln, 1978, pp. 183 y s.

ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1979.

ROXIN, Claus, «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo», trad. Queralt Jiménez, en *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1980.

ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención*, trad. Francisco Muñoz Conde, 1981.

ROXIN, Claus, «Las 'restricciones ético-sociales' al derecho de legítima defensa», traducción de José Manuel Gómez Benítez, en: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 17, 1982, p. 297.

ROXIN, Claus *et al.*, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989.

ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito*, PPU, Barcelona, 1992.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner teil*, 2ª ed., C.H. Beck, München, 1994.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, traducción de Luzón Peña, García Conlledo y De Vicente Remesal, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.

ROY FREYRE, Luis Eduardo, *El Derecho penal peruano. Parte especial*, Eddili, Lima, 1974.

ROY FREYRE, Luis Eduardo, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Grijley, Lima, 1997, p. 50.

RUDOLPHI, Hans Joachim, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», trad. Enrique Bacigalupo, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4, Buenos Aires, 1975, p. 329.

RUDOLPHI, Hans Joachim *et al.*, *Vorbemerkungen. Systematischer Kommentar zum StGB. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Berlin, 1993.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «El fundamento material de la pena en la participación», en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 11, 1980, p. 50.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982.

SÁINZ CANTERO, José Antonio, «El delito masa», en *ADPCP*, Madrid, 1971, p. 649.

SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. La ley penal. El delito*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985.

SALCEDO IZU, Joaquín, *Apuntes de sistemas de fuentes histórico-jurídicas españolas*, Zaragoza, 1984.

SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá, 1995.

SÁNCHEZ, Galo, *Curso de historia del Derecho. Introducción y fuentes*, 10ª ed., Valladolid, 1932.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Derecho indiano. Estudio II. Fuentes: literatura jurídica. Derecho público*, Colección Jurídica, Pamplona, 1991.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

SANTILLÁN, Fernando de, «Relación de origen, descendencia, política y gobierno de los Incas», en *Tres relaciones de antigüedades peruanas*, Editorial Guaraní, Asunción, 1927.

SANZ ELGUERA, Julio, *Introducción a la ciencia*, Amaru, Lima, 1987.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006.

SARASON G., Irwin, «Un enfoque del modelamiento y la información aplicado a la delincuencia», en *Modificación de la conducta. Análisis de la agresión y la delincuencia*, Trillas, México D.F., 1975.

SAUER, Wilhelm, *Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1956.

SAX, Walter, «Grundsätze der strafrechtspflege», en BETTERMANN, K. A./NIPPERDEY, H.C./ SCHEUNER, U., *Die Grundrechte*, T. III, Berlín, 1972, pp. 909 y ss.

SCHAFF, Adam, *Ensayos sobre filosofía del lenguaje*, Barcelona, 1973.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935.

SCHÄTER, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de India*, Imprenta Carmona, Imprenta Carmona, Sevilla, 1935.

SCHMID, Richard, *Kritik der Strafrechtsreform*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Mohr, Tübingen, 1971.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., J.C. Mohr, Tübingen, 1975.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

SILVA MELERO, Valentín, «Extradición», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1958, T. IX, p. 388.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Sistema de casos prácticos de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ/SCHÜNEMANN/DE FIGUEREIDO DÍAS, *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 357.

SKINNER, Burrhus Frederic, *Ciencia y conducta humana*, Fontanella, Barcelona, 1974.

SOBREMONTE MARTÍNEZ, José/COBO DEL ROSAL, Manuel, *Indultos y amnistía*, Valencia, 1980.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *El juicio moral en los adolescentes infractores*, Tesis, UNMSM, Lima, 1969.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *Criminología*, Desa, Lima, 1988.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, «Aspectos psicopatológicos de la imputabilidad», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 4, 1994, p. 647.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, trad. Gladis Romero, Edersa, Madrid, 1982.

STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, trad. Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 43.

STRATENWERTH, Günter, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?», en *ZStW* 105, 1993, p. 685.

STRENG, Franz, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg, 1984.

TAVAREZ, Juárez, *Teorías del delito. Variaciones y tendencias*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983.

TAVAREZ, Juárez, *Derecho penal da negligencia. Una contribuçao a teoría do crimen culposo*, Editora Revista dos tribunais, São Paulo, 1985.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981.

TERRAGNI, Marco Antonio, *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 10, Santiago de Compostela, 1986, p. 392.

TRIFFTERER, Otto, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Viena, 1985.

ULPIANO, *Digesto*, Libro XLVII, Título 19, Ley 18.

URQUIZO OLAECHEA, José, «Principio de combinación en el nuevo Código Penal», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 1, Lima, 1993.

URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de legalidad*, Grafica Horizonte, Lima, 2000.

VALCÁRCEL, Luis E., *Historia del Perú antiguo*, Publicación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1964.

VALLE RIESTRA, Javier, *La extradición*, AFA Editores, Lima, 1989.

VARGAS, Javier, *Historia del Derecho peruano. Parte general y Derecho incaico*, Universidad de Lima, 1993.

VARONA MARTÍNEZ, Gema, «La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica», en *Estudios de Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 129.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1995.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte especial I-B. Delitos contra el honor, la familia y la libertad*, San Marcos, Lima, 1998.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Introducción a la Criminología*, Grijley, Lima, 1997.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1992.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, 2006.

VILLE, Claude, *Biología*, Eudeba, Buenos Aires, 1961.

VILLEY, Michel, «Une définition du droi», en *Seize essais de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris, 1969, pp. 15-37.

VIVES ANTÓN, Tomás, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

VON BURI, Maximilian, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1973.

VON KRIES, Johannes, *Die Principien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, Freiburg, 1886.

VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Strafrecht*, 24ª ed., Berlin-Leipzig, 1922.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1914.

VON LISZT, Franz, *La idea de fin en Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 6ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1957.

WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. Felipe González Vicen, Aguilar, Madrid, 1971.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañéz Pérez, Editora Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, trad. Conrado A. Finzi, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980.

WESSELS, Johannes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 16ª ed., Heidelberg, 1986.

WHITTAKER, James O., *Psicología*, Interamericana, México D.F., 1965.

WOLTER, Jürgen, «Imputación objetiva y personal a título de injusto», en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *et al.*, *Omisión e imputación objetiva en el Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986.

ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

ZIFFER, Patricia S., «La discusión en torno al concepto de culpabilidad», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 3, Lima, 1994, pp. 260 y ss.

ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Edersa, Madrid, 1979.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, München, 1971.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora Jurídica Grijley <grijley@speedy.com.pe>,
en el mes de julio de 2008.